

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 28 • SEPTIEMBRE DE 2008

DOCTRINA

El papel de la Administración Laboral en la tutela de la igualdad de trato.

LEGISLACIÓN

- Decisión de la Comisión, relativa a la creación de un Comité consultivo para la igualdad de oportunidades.
- Acuerdo del CGPJ, en materia de servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
- Decreto de creación de la Comisión interdepartamental para la igualdad de mujeres y hombres.
- Ley del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista en Cataluña

JURISPRUDENCIA

TC

- Violencia de género, artículo 153.1 del Código Penal, pena diferenciada en función del género.
- Nulidad del despido de trabajadora embarazada, a pesar de que la empresa lo ignoraba.



Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

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.^a Luisa Balaguer

Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.^a del Mar Navas Sánchez

M.^a 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/iam>

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

El papel de la Administración Laboral en la tutela de la igualdad de trato: las reformas de la Ley de Igualdad en el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones. Víctor de Santos Sánchez. Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía 4

LEGISLACIÓN

Decisión de la Comisión, de 16 de junio de 2008 relativa a la creación de un Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. María Dolores Cabello Fernández. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga. 16

Acuerdo de 17 de julio de 2008, del pleno del CGPJ, por el que se modifica el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en materia de servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. María Dolores Martínez Cuevas. Profesora Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. 20

Decreto 437/2008, de 2 de septiembre, por el que se crea la Comisión interdepartamental para la igualdad de mujeres y hombres 23

Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (Cataluña) 24

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN 43

JURISPRUDENCIA TC

Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 153.1 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. 46

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y violencia de género. María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía. 63

Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio, despido de una trabajadora embarazada, a pesar de que la empresa lo ignoraba. 68

La nulidad del despido en situación de maternidad: una interpretación acorde con la norma. Enriqueta Alonso Russi, Doctoranda, y Juan Carlos Álvarez Cortés, Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Málaga. 76

PRESENTACIÓN

La consecución efectiva de la igualdad y el avance en la erradicación de la violencia de género están en primera línea de las acciones de la agenda política, y es un objetivo transversal que afecta a todos los ámbitos de intervención de la administración pública. En el presente número de Boletín Jurídico recogemos el Decreto que regula la creación de la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres, en desarrollo de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre de 2007, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, que tiene como finalidad principal, asegurar que la perspectiva de la igualdad de género este presente en todas las acciones que la Administración de la Junta de Andalucía lleve a cabo en su ámbito de actuación, como estrategia clave para conseguir la igualdad real de mujeres y hombres.

También destacamos dos pronunciamientos muy relevantes del Tribunal Constitucional, comentados por expertas juristas, uno de ellos, supone un paso decisivo para el avance en la protección de las mujeres víctimas de violencia de género, la STC 59/2008, que decide sobre la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, que establece un tratamiento penal diferenciado en función del género, por ser ésta violencia la más grave manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y del sometimiento en el que viven las mujeres por el solo hecho de serlo. Cualquier enfoque debe partir del hecho de que este tipo de violencia es absolutamente incompatible con el principio de igualdad, y en ese sentido se vienen manifestando los organismos internacionales para reivindicar su erradicación.

Y por otro lado, recogemos la STC 92/2008, que establece la máxima protección a las mujeres embarazadas en su empleo, al disponer la nulidad del despido de una trabajadora desde el comienzo del embarazo, a pesar de que la empresa lo ignoraba. Este pronunciamiento favorece el apoyo a las políticas sobre conciliación de la vida laboral, familiar y personal de las mujeres y hombres, en lo que respecta a la interrupción, incorporación y continuidad en el mercado laboral.

Mientras persista la situación de desigualdad y discriminación hacia las mujeres, las medidas de acción positiva son necesarias y compatibles con el instrumento de la transversalidad de género, según dispone nuestro marco normativo europeo, estatal y en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, artículo 10.1, para que la igualdad de género sea real y efectiva, por ello, deben seguir ocupando un lugar destacado en la programación de las actividades y políticas públicas. También nos felicitamos ya que, en su interpretación, nuestro más Alto Tribunal contribuye a seguir avanzando en el desarrollo de una sociedad más justa, igualitaria y democrática.

Soledad Pérez Rodríguez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN LA TUTELA DE LA IGUALDAD DE TRATO

VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ

Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía

ÍNDICE

- INTRODUCCIÓN
- EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LA LEY DE IGUALDAD
- EL TIPO DE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 8.12 DE LA LISOS
- EL TIPO DEL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 8.13 BIS DE LA LISOS
- MEDIDAS DE IGUALDAD, PLANES DE IGUALDAD: NUEVOS TIPOS INFRACTORES Y SANCIONES (ARTÍCULOS 7.13, 8.17 y 46BIS DE LA LISOS)
- LAS DERIVACIONES PROCESALES: COMUNICACIÓN DE OFICIO A LA JURISDICCIÓN SOCIAL

I. INTRODUCCIÓN

El título de este trabajo denota el carácter de Ley transversal, Ley código, Ley horizontal u otras calificaciones recibidas por su universalidad o, como precisa el profesor Rodríguez-Piñero, por ser una Ley que aplica *“el principio de igualdad de género más allá del empleo y de la actividad profesional”* para *“integrarlo en todas las políticas públicas”*.

Por ello, si bien el papel de la Administración Pública es muy amplio y, dentro de ella, el del área laboral especialmente, al abordar los posibles mecanismos de tutela tengamos que hablar de la incidencia de la Ley de igualdad en el comportamiento y competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS). Con independencia de otros instrumentos de los que pueda gozar la Administración Laboral (comisiones, consultas, distintivos, planes, etc.), nos centraremos en las consecuencias de la Ley para la ITSS, abordando las actuaciones que a partir de su entrada en vigor ha de acometer, especialmente como consecuencia de *“las reformas de la Ley de igualdad en el texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones”* (a la que denominaremos LISOS), pues como señala el mismo Rodríguez-Piñero, *“el carácter transversal de la Ley, incluyendo, desde la perspectiva de género, regulación de numerosas y muy heterogéneas materias”*, ha supuesto que se caracterice por *“una estructura compleja que da más peso regulador a las disposiciones adicionales que al articulado”*. Y es precisamente en la Disposición Adicional decimocuarta donde se contiene la modificación de la LISOS, sin perjuicio de que en la Disposición Adicional decimotercera, al modificar la Ley de Procedimiento Laboral, también se afecte al procedimiento sancionador, en cuanto se contempla el procedimiento de oficio ante el orden social previo a la resolución administrativa sancionadora, o como consecuencia de la estimación de perjuicios causada por actos discriminatorios, para fundamentar la indemnización que determine el órgano judicial social.

Esto se refiere al derecho sancionador o derecho procesal, pero su análisis nos llevará necesariamente a comentar, aun sucintamente, el derecho sustantivo o material infringido, señaladamente el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), modificado por la Disposición Adicional décimo primera de la Ley.

Así pues, nos centraremos en tres de las treinta y una Disposiciones Adicionales, que modifican a su vez tres de las veintidós leyes objeto de reforma, sin perjuicio de dejar constancia de que la actuación de la Inspección de Trabajo abarcará también el incumplimiento de Leyes como la de Prevención de Riesgos Laborales (DA duodécima), la General de la Seguridad Social (DA decimotercera), o las reguladoras de bonificaciones a la contratación (DAs decimoquinta y decimosexta).

Abordaré lo mencionado distinguiendo en el análisis primero las infracciones y, posteriormente, las sanciones. Dentro de las infracciones analizaremos las modificaciones de tipos existentes y los nuevos tipos. Finalizaré con una alusión a cuestiones de procedimiento ante el orden jurisdiccional social.

DOCTRINA

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LA LEY DE IGUALDAD

La reforma llevada a cabo por la Ley de Igualdad en la LISOS tiene una importante repercusión desde el punto de vista de la metodología tradicionalmente empleada en materia laboral por el Derecho administrativo sancionador. El incumplimiento de las normas relativas al principio de igualdad de trato y no discriminación ha de ser contemplado desde una perspectiva que conduzca a actuaciones menos rígidas y sencillas, dos características que han adornado esta rama del Derecho durante décadas. No se trata de probar una vulneración de una obligación regulada de forma precisa y concreta, sino que el incumplimiento ha de ser argumentado por medio de la integración de conceptos jurídicos indeterminados o de la calificación de una estrategia empresarial.

Nos encontramos ante un ordenamiento jurídico reflejo de una sociedad compleja que favorece la adaptación de la realidad empresarial y de las relaciones laborales a cada proceso productivo concreto. Ante un ordenamiento jurídico derivado de las Directivas comunitarias que gozan de una redacción abierta, en blanco y omni-comprehensiva, pues han de poder transponerse a países de muy distinta tradición y estructura jurídica. Todo lo cual hace que exista un amplio abanico de acciones o actitudes en el seno de la empresa que no sean de fácil subsunción en el supuesto de hecho normativo. No se trata de sancionar una superación de jornada, o de duración de contrato temporal, o de inadecuación del salario o de la causa del contrato, que requieren una dosis de subjetividad escasa o nula. Se trata por el contrario de analizar, argumentar y concluir, más que de probar una simple relación de causa-efecto. En este sentido se han de concretar conceptos jurídicos indeterminados, con el inestimable apoyo de la jurisprudencia comunitaria, constitucional y ordinaria, y de mantener o corregir determinadas estrategias empresariales. Para ambos casos se precisa de una importante dosis de subjetividad que deriva de una mayor labor interpretativa que, aun avalada por una batería probatoria, era esta hace poco rechazada en la ortodoxia del Derecho administrativo sancionador. De forma paralela está ocurriendo lo mismo con la normativa de prevención de riesgos laborales.

Una dificultad importante a la hora de aplicar algunos de los tipos infractores, que a continuación comentaremos, radica en la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que contienen los requisitos de las definiciones de discriminación directa e indirecta (artículo 6 de la Ley de Igualdad). Así, se han de manejar conceptos tales como situación comparable, apariencia de neutralidad, desventaja particular, justificación objetiva, finalidad legítima, medios necesarios y adecuados.

En este caso se ha de destacar no sólo la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sino el tratamiento como discriminación de una hipótesis de futuro: *“haya sido o pudiera ser tratada...de manera menos favorable”*. Este futurible calificado como discriminación plantea dificultades desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador en dos frentes. De un lado, la labor de la ITSS en la exigencia de medidas de prevención de la discriminación, si bien el art. 1.2 de la Ley de Igualdad entiende como objetivos *“eliminar y corregir...toda forma de discriminación por razón de sexo”*.

Otro ejemplo de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados lo encontramos en el artículo 5 de la Ley de Igualdad, cuando se refiere a la no discriminación en el acceso al empleo, donde se manejan los siguientes: naturaleza de las actividades profesionales, contexto en el que se lleven a cabo dichas actividades, requisito profesional esencial y determinante, objetivo legítimo y requisito proporcionado. O, finalmente, cuando se define en el artículo 7 el acoso sexual o acoso por razón de sexo, nos encontramos con conceptos como entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

En esta materia es particularmente complicado, desde la óptica de la sanción administrativa, demostrar que un comportamiento tiene *“el propósito...de atentar”* frente al *“efecto de atentar”* contra la dignidad. La solución estriba en centrarse sólo en los actos constitutivos de un comportamiento típicamente acosador, aunque no hayan producido efectos perniciosos con los que se pueda tener un nexo causal.

La utilización de conceptos jurídicos indeterminados, que han de llenarse, concretarse y definirse con el supuesto de hecho concreto, plantean un reto que necesita para su superación de la evolución de un derecho administrativo sancionador excesivamente lastrado por la interpretación restrictiva, que conduce a que la ITSS ofrezca pruebas fehacientes que no precisen de juicios de valor.

De forma similar ocurre con las obligaciones que se han de cumplir mediante un Plan, en esta materia de Igualdad, en los que se parte de deficiencias en la empresa, reconocidas por la misma (evaluación de riesgos o diagnóstico para este caso), objetivos a alcanzar, metodología y valoración de resultados. Si no tiene discusión sobre la infracción consistente en la omisión del plan, a partir de ahí todo se complica, pues habrá que estudiar si la estrategia empresarial responde proporcionalmente a la situación concreta de las relaciones laborales en la empresa. Esto se acerca más a una función de auditor socio-laboral que al concepto tradicional de inspección.

DOCTRINA

Antes de adentrarnos en el análisis de las novedades de los tipos infractores y sanciones, hay que referirse, aun de forma sucinta, a varios asuntos complementarios de lo dicho:

La Exposición de Motivos mantiene que se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Este refuerzo no deriva de la mejora en medios humanos y materiales contenida en el último Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo (2006), ni en la Estrategia española de Seguridad y Salud Laboral 2007-2012, sino que obedece a la adaptación de infracciones y sanciones y de los mecanismos de control. Por tanto, el refuerzo deriva de un mantenimiento e incremento de carácter competencial, con las peculiaridades apuntadas de una nueva forma de entender el Derecho administrativo sancionador que incluye, como veremos, hasta la posibilidad de conmutar sanciones por el establecimiento de Planes de Igualdad.

La inversión de la carga de la prueba, principio sentado por el artículo 13 de la Ley de Igualdad como la necesidad de que la persona demandada pruebe la ausencia de discriminación y la proporcionalidad en las medidas adoptadas, que ha llevado a modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (DA 5ª) y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (DA 6ª), está expresamente descartada su aplicación a los procesos penales y por ende a los sancionadores, que según nuestro Tribunal Constitucional se fundamentan en los mismos principios, pero con matices. No obstante, como veremos los procedimientos sancionadores se inician siempre de oficio y la prueba recae sobre la Inspección de Trabajo, si bien matizada por una presunción de certeza, que decae considerablemente a la hora de la revisión de las resoluciones administrativas en sede jurisdiccional. En nuestro ámbito no se aplica la inversión de la carga de la prueba, y respecto de las denuncias, el artículo 9.1.f) del RD 928/1998 establece que *“no se tramitarán las denuncias que manifiestamente carezcan de fundamento”*, exigiéndose entre sus requisitos que se contengan en la misma *“los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha y lugar de su acaecimiento, identificación de los presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes”*, añadiendo el artículo 23 del RD 138/2000 que la ITSS *“iniciará...actuaciones de comprobación e investigación si concurrieron indicios suficientes de veracidad o exactitud en los hechos denunciados. A tal fin, podrá solicitar al denunciante su comparecencia para ratificar, ampliar o concretar el contenido de la denuncia”*.

III. EL TIPO DE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 8.12 DE LA LISOS

El artículo 8.12 de la LISOS ha venido encargándose de tipificar desde su origen como infracción muy grave en el ámbito de las relaciones laborales (sección 1ª del capítulo II) lo que denominaba *“las decisiones unilaterales del empresario ... cuando contengan discriminaciones favorables o adversas...por circunstancias de sexo”* *“en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo”*.

Dicho texto se mantuvo hasta que el 1 de enero de 2004 entró en vigor la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, donde se introducen las siguientes modificaciones:

1º Se sustituye la expresión *decisiones ... “cuando contengan”* por *decisiones “cuando impliquen”* discriminación, facilitando la labor de obtención o calificación de la prueba necesaria para aplicar el tipo infractor, pues se pasa del debate sobre si una decisión es discriminatoria en cuanto a su formulación a la realidad de que se han producido efectos o consecuencias discriminatorias, con independencia de dicha formulación y de la intencionalidad de la decisión, aspecto trascendente en todo derecho sancionador. En consecuencia, se pasa a un concepto más cercano a la responsabilidad objetiva, valorando el resultado más que la causa del mismo y el comportamiento del sujeto infractor.

2º Se traslada por primera vez a la LISOS la terminología más precisa de *“discriminaciones directas o indirectas”*, en consonancia con la reforma del artículo 4.2.c) del ET, siendo necesario remitirse para manejar ambos conceptos a los acuñados en el artículo 28 de la Ley 62/2003.

3º Se tipifican como infracción muy grave *“las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*.

Operadas estas modificaciones por la Ley 62/2003 en el artículo 8.12 de la LISOS, la reforma de este tipo infractor por la Ley de Igualdad reviste ya una menor trascendencia pues, como dice Rodríguez-Piñero, *“en buena parte, la Ley de Igualdad desarrolla o refleja principios y reglas que han venido siendo deducidas de la Constitución por la jurisprudencia constitucional y ordinaria y desarrollada en diversos textos legales en materia de empleo y protección social,”* como ocurre con la citada Ley 62/2003.

Sentada la situación de partida en cuanto a este tipo de infractor, que ha de ocupar la mayor parte de la actuación inspectora, al menos cuantitativamente o en la labor habitual de verificación transversal o con enfoque

DOCTRINA

dual de la legislación social, exponemos ahora las consecuencias de la regulación contenida en la Ley de Igualdad:

1º La Ley de Igualdad utiliza el término “empresa” en vez de “empresario”, como se había venido haciendo hasta ahora. Seguramente será un error o imprecisión formal y terminológica, pues de acuerdo con el artículo 2.1 de la LISOS es sujeto responsable “*el empresario en la relación laboral*” y no la “empresa”. El vocablo empresario es de una mayor precisión, pues afecta indistintamente al empresario persona física o persona jurídica, mientras que la expresión “empresa” tiende a una concepción más economicista.

2º La verdadera modificación en el texto se opera en el inciso final (añadido por la Ley 62/2003) en el que coloca, dentro de la garantía de indemnidad, en pie de igualdad a la acción administrativa que a la judicial, cuando esta “*acción administrativa*” vaya “*destinada a exigir el cumplimiento de igualdad de trato y no discriminación*”.

Si nos centramos esta acción administrativa en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los comentarios pueden dirigirse en un triple sentido:

En primer lugar, si contemplamos la expresión “acción administrativa” en el contexto formado por la expresión anterior “*reclamación efectuada en la empresa*” y la expresión posterior “*acción judicial*”, parece que nos encontramos ante el concepto clásico de acción como impulso a instancia de parte de un procedimiento (judicial o administrativo) para conseguir la satisfacción de un derecho, lo que en el ámbito de las relaciones entre privados se puede denominar como reclamación. Es decir, antes de la reforma de la Ley de Igualdad se podía concluir que se tipificaba el trato desfavorable del empresario hacia los trabajadores que bien habían presentado una reclamación directa ante aquél (personal o a través de representantes sindicales o unitarios), bien habían ejercitado una acción judicial a través del planteamiento de una demanda, ambas posibilidades para exigir la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación

Sin embargo, la acción administrativa, desde el prisma de activación de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (sin contemplar otros posibles procedimientos administrativos), plantea particularidades, pues todos los procedimientos sancionadores, con origen en actas de infracción, u otros actos, como los requerimientos (calificados por los administrativistas como de trámite), se articulan siempre de oficio (art. 13 de la Ley 42/1997, art. 9 y 13 del RD 928/1998). La cuestión en este punto es si la denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede ser calificada de acción administrativa y, en caso afirmativo, si la reacción empresarial de naturaleza discriminatoria ante la misma supone infracción muy grave del artículo 8.13. Para este análisis es preciso comparar a la denuncia con la reclamación y la acción judicial y resaltar, al menos, tres dificultades.

Conocimiento por parte del empresario. Tanto en el caso de la reclamación ante el empresario como de la acción judicial a través de una demanda, el empresario tiene conocimiento de quien interpone la reclamación o demanda o a quien puede beneficiar cualquiera de ambas. En definitiva, puede identificar qué trabajadores están relacionados con el asunto y reaccionar contra ellos con un trato desfavorable. Sin embargo, en el caso de la denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, existe el deber de sigilo profesional, debiendo guardarse secreto sobre el origen de la misma (art. 12 Ley 42/1997 y art. 10 RD 138/2000), considerando confidencial el origen de cualquier queja sobre el incumplimiento de las disposiciones legales. En consecuencia, si el empresario no conoce que la actuación de la ITSS se debe a denuncia ni, en todo caso, conoce a la trabajadora denunciante, difícilmente podrá reaccionar contra ella. Salvo en el caso de que la propia trabajadora se identifique como denunciante, se pierde el presupuesto previo necesario para una reacción. De tal manera que el trato empresarial desfavorable habría que abordarlo como una discriminación ordinaria.

Sujeto que ejerce la acción administrativa. El tipo infractor parece ligar el trato desfavorable respecto de unos determinados trabajadores que previamente reclamaron o ejercieron una acción judicial. Sin embargo, en el caso de la acción administrativa, si nos ceñimos a la denuncia ante la ITSS, nos encontramos que según el art. 13.2 de la Ley 42/1997 “*es pública la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación social*”. Lo que quiere decir que cualquier persona puede denunciar el incumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación respecto de unos determinados trabajadores, pudiendo darse el caso de reacción empresarial contra éstos sin que los mismos hayan formulado denuncia alguna. En sentido contrario, pudiera producirse la situación de que el denunciante sea un trabajador (o representante sindical o unitario) que no sufra discriminación, pero ponga de manifiesto la sufrida por otros.

Una interpretación restrictiva nos conduce a que el tipo exige denuncia formulada por la trabajadora afectada por la discriminación y reacción empresarial desfavorable ante esta denuncia, quedando fuera todas aquellas denuncias planteadas por terceros no sometidos a discriminación.

Reacción frente a otras actuaciones inspectoras. Es relativamente común que el empresario, ante una actua-

DOCTRINA

ción inspectora, intente deducir la causa de la misma: ¿por qué ha venido la ITSS? Siendo lo más habitual que crea que tal actuación se debe a una denuncia, previsiblemente de los trabajadores afectados por las conclusiones de la actuación inspectora, puede reaccionar contra éstos. En el supuesto de actividad planificada, que es la preferida reglamentariamente, o actividad de iniciativa, pueden comprobarse situaciones de discriminación que deban corregirse y frente a la compulsión administrativa el empresario reaccione entendiendo que el origen de sus males radica de “presuntas” denuncias de los trabajadores, respecto de los que ha de corregir las condiciones de trabajo. En estos casos, en los que no existe ni siquiera una denuncia, desaparecería el presupuesto de acción administrativa, a instancia de parte, para aplicar el tipo, aunque se reaccione con un trato desfavorable.

Hemos planteado tres dificultades que desde una perspectiva de interpretación restrictiva de las normas sancionadoras, *“odiosa sunt restringenda”*, nos conduciría a pensar que aunque se sufra un trato desfavorable como reacción a la presencia de la ITSS para verificar el cumplimiento del principio de no discriminación, en los tres supuestos apuntados (la confidencialidad en cuanto a la denuncia, la posibilidad de ser denunciante quien no es afectado o la de actuación inspectora sin previa denuncia) dicho trato desfavorable quedaría fuera de la tipificación del artículo 8.12.

Sin embargo, atendiendo a la finalidad de la norma de garantizar la indemnidad frente a las represalias, así como al tenor literal del derecho sustantivo infringido, podría mantenerse una posición más coherente, en el sentido de dar la misma respuesta a todas las represalias derivadas de la actuación de la ITSS como actividad administrativa, y más acorde con el sentido tutelador de la norma.

Así, el artículo 9 de la Ley de Igualdad sólo contempla el supuesto de que el *“trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona”* lo sea *“como consecuencia de la presentación por su parte”* de la denuncia. Sin perjuicio de entender sin mayor dificultad que la expresión *“por su parte”* engloba a los representantes legales de los trabajadores, hay que tener en consideración que este artículo se encuentra en el Título I donde se sientan definiciones que afectan a todo el texto con el sentido de transversalidad ya apuntado.

En este punto existe una *“asincronía”* (término utilizado por Ricardo Escudero) entre el texto articulado y el texto de las DA o, como diría Rodríguez-Piñero, podríamos encontrarnos ante el riesgo de problemas de aplicación por posibles discrepancias entre la regulación *“genérica del articulado y la introducida modificación en las leyes sectoriales”*.

Lo definitivo para nosotros, sin embargo, es la interpretación de la norma laboral infringida, el artículo 17.1 del ET, que califica como nulas las decisiones que supongan un trato desfavorable *“ante una acción administrativa”*, sin más especificaciones en cuanto al origen de la misma.

Siendo el ET una norma laboral, la acción administrativa a que se refiere guarda estrecha relación con la ITSS y ha de coherencia en este punto el ET con la normativa reguladora de la actividad de la ITSS. Si se parte de que la acción administrativa comprende la activación, a través de cualquier posibilidad, de la actuación inspectora encaminada a velar por el principio de igualdad de trato y no discriminación, esta acción administrativa puede tener su causa remota en la denuncia de la afectada, en la denuncia de un tercero (al ser la acción de denuncia pública), en la iniciativa del inspector o inspectora, en una orden superior para dar cumplimiento a la planificación de objetivos, en la petición razonada de otros órganos. Pero la causa inmediata es que la *“ITSS actuará de oficio siempre”*, como consecuencia de las causas remotas mencionadas (art. 13.2 Ley 42/1997). Considerando pues que la ITSS siempre actúa de oficio y que el empresario puede reaccionar contra los trabajadores frente a dicha actuación de oficio, sin conocer el origen remoto de dicha actuación (sea o no por denuncia), ha de equipararse el concepto de acción administrativa con el de cualquier mecanismo que suponga abrir la vía de una actuación inspectora concreta de verificación del cumplimiento de la legislación vigente en materia de igualdad y no discriminación.

En apoyo de esta interpretación podemos citar que el artículo 6 de la Directiva 2002/73/CE (que modifica la 76/207/CEE) establece que los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales y/o administrativos...para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva a favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación...”. Siendo tales procedimientos en nuestro caso, procedimientos de oficio, decae la interpretación restrictiva de que la acción administrativa sólo se concibe a instancia de parte.

El segundo aspecto a comentar es si la acción administrativa se refiere exclusivamente a la actividad inspectora previa de investigación, como hasta ahora se ha mantenido, o contempla también las reacciones adversas

DOCTRINA

frente a una propuesta de sanción contemplada en un acta de infracción.

Lo que habrá que demostrarse en este caso es la conexión entre la actuación inspectora de comprobación y el trato desfavorable, siendo indiferente que la actuación inspectora conlleve la comprobación y, en su caso adopción de medidas, de situaciones discriminatorias. Lo que integra el tipo es que la acción administrativa vaya destinada al cumplimiento de la normativa sobre igualdad de trato y no discriminación, y esa actividad en sí misma, con independencia del resultado que arroje, sea la causa de la reacción empresarial. En todo caso si esta última se retrasa hasta la notificación del acta de infracción se entiende que dicha acta es un resultado de la actuación inspectora contra la que se reacciona.

Finalmente, **en tercer lugar**, hay que contemplar la posibilidad de aplicación del principio *“non bis in idem”*. En caso de comprobación de discriminación por reacción empresarial, para levantar nuevamente acta de infracción se requiere una diferencia en los hechos en que consiste la discriminación, esto es, no vale con la continuidad en la actitud discriminatoria (que debería ser abordada desde los principios de reiteración e infracción continuada), sino que ha de constatarse un trato desfavorable perfectamente diferenciado del que originó el acta de infracción y, que a través de la misma, se intentó eliminar o corregir. En resumen, se puede mantener que el artículo 8.12 de la LISOS contempla dos subtipos, el de la discriminación y el de la reacción empresarial desfavorable, y que la conducta discriminatoria habitualmente recaerá en el primer subtipo, sin que en ningún caso se pueda sancionar dos veces cuando exista identidad en sujeto, hecho y fundamento. Yendo más allá, es defendible que el tipo del artículo 8.12 de la LISOS sólo contiene una conducta sancionable, la discriminación por diversos motivos, entre ellos por razón de sexo, dentro del cual se incluye expresamente, como conducta discriminatoria por razón de sexo, la adopción de represalias contra aquellos que persiguen tales comportamientos discriminatorios.

A este respecto se pueden citar ejemplos de actuaciones de la ITSS en que debía concretarse la reacción en otro tipo de trato desfavorable distinto del que se utilizó para levantar las actas de infracción.

IV. EL TIPO DEL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 8.13 BIS DE LA LISOS

De forma similar a lo que ocurre con el anterior tipo comentado, el grueso de esta infracción muy grave fue establecido por la Ley 62/2003 y tipifica la conducta consistente en el acoso, que habría de calificarse como acoso moral, pero siempre que tenga una conexión, una causa discriminatoria. Es decir, la víctima sufre acoso moral por razón de *“origen racial o étnico, religioso o convicciones, discapacidad y orientación sexual”*. Lo que hace ahora la Ley de Igualdad es añadir otra razón más como origen del acoso moral y es *“el acoso por razón de sexo”*, que define en su artículo 7 (comportamiento en función del sexo, atentado contra la dignidad, entorno intimidatorio, degradante u ofensivo).

Esta reforma merece, al menos los siguientes comentarios:

En cuanto a los requisitos del acoso por razón de sexo que sea objeto de sanción por infracción muy grave no han sido modificados por la Ley de Igualdad:

“Que se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial”. Hay que entender que dicho ámbito alcanza, según larga trayectoria de TS al establecer la responsabilidad en otras materias como la prevención de riesgos laborales, hasta el más reducido de cualquier persona, incluido un capataz o encargado, que tiene facultades de mando sobre alguno o algunos trabajadores. Por tanto hay que incluir no sólo la alta, sino también la media y baja dirección.

“Cualquiera que sea el sujeto activo del mismo”. Abarcando sin mayores discusiones a los encargados, también es posible que lo sea por personas que no desempeñan labor de dirección respecto de la víctima, siempre que *“sea conocido por el empresario y no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”*. Aún siendo discutible, entiendo que si el acoso se produce por alguien que ostenta poder de dirección en la empresa es suficiente para integrar el tipo, exigiendo sólo que la situación sea conocida por el empresario cuando el acoso se produce por quien carece de ese poder de dirección sobre la víctima. En todo caso, se produce un tratamiento claramente diferenciado del acoso sexual del artículo 8.13, mientras que en este último se produce una responsabilidad cuasi-objetiva del empresario, al derivarse los comportamientos de acoso sexual acaecidos en su ámbito empresarial, con independencia de cualquier otra circunstancia, para el tipo del artículo 8.13 bis se requiere el conocimiento y la no adopción de medidas. En este sentido la actuación de la ITSS ha de orientarse cronológicamente a determinar si el empresario ha adoptado medidas para tener conocimiento de posi-

DOCTRINA

bles situaciones de acoso sexual, presumiendo, como se ha dicho, que los comportamientos de su organización directiva deben ser conocidos.

Lo criticable, en mayor medida de la Ley 62/2003, y en menor medida, dada su especialidad, de la Ley de Igualdad, es que sólo se tipifique el acoso moral con fundamento discriminatorio, quedando el resto de las situaciones de acoso moral al margen de la tipificación directa. Debemos recordar que el artículo 8.11 tipifica como infracción muy grave los actos contrarios a la dignidad. El profesor Cristóbal Molina habla del acoso, como género y, dentro del mismo, de especies como el acoso moral (afectando a la integridad moral) o el sexual (contra la dignidad e intimidad).

Se reabre el debate de si el acoso moral hay que enfrentarlo desde la perspectiva de las infracciones que recogen una vulneración de la dignidad (mencionada en la definición del mismo), como la muy grave contenida en el art. 8.11 LISOS “los actos del empresario que fueren contrarios al respecto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”, o si, por el contrario, es correcto abordarlo desde el prisma de la prevención de riesgos laborales. La Ley de Igualdad conceptualmente habla de “ataque a la dignidad” y se modifica un tipo infractor propio de las relaciones laborales en el contexto de actos discriminatorios. Sin embargo, en otras partes de su articulado se refiere al acoso en el contexto de la salud laboral:

Art. 27.3.c) al abordar la política de salud, encarga como actuación a las Administraciones públicas “la consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo”

La DA octava modifica el apartado 9 del artículo 18 de la Ley 14/1986 General de Sanidad, y menciona “la protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

En conexión con lo anterior, hay que preguntarse por el posible incumplimiento de lo previsto en el artículo 48 de la Ley de Igualdad, que versa sobre medidas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo, incluyendo cauces de denuncias, procedimientos específicos de prevención, códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. Este artículo no ha supuesto su traslación, a través de las consabidas DAs, hacia otras leyes, como por ejemplo la de prevención de riesgos laborales, ni han ocasionado la redacción de un nuevo tipo infractor. Por ello, el incumplimiento del artículo 48 en materia de acoso por razón de sexo, en cuanto que regula medidas para prevenir daños a la salud del trabajador, podría encajar en la infracción grave en materia de prevención de riesgos laborales prevista en el artículo 12.6, “incumplir la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos”.

V. MEDIDAS DE IGUALDAD, PLANES DE IGUALDAD: NUEVOS TIPOS INFRACTORES Y SANCIONES

Uno de los aspectos más novedosos de la Ley de igualdad es la obligación que pesa sobre los empresarios de adoptar “medidas de igualdad” que, en determinados casos, “deberán dirigirse a...un plan de igualdad” (art. 45 de la Ley). Para enfocar adecuadamente este apartado han de tomarse determinadas precauciones:

1º Todavía no hay posiciones firmes ni doctrinal ni jurisprudencialmente que consoliden una interpretación de la nueva normativa que regula tales medidas y planes. Tal interpretación otorgará unas u otras posibilidades al derecho sancionador.

2º La principal dificultad estriba, como puso de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado 803/2006 y aborda el profesor Rodríguez-Piñero, en la naturaleza de dichos planes y su tratamiento legal, en la necesidad o no de que tales planes sólo se elaboren si hay acuerdo o en caso de no lograrlo sigue pesando la obligación de su elaboración, existiendo tensiones entre “el ejercicio del poder de dirección” empresarial modulado por la “lógica propia de los derechos de participación y consulta” y la “contratación colectiva propiamente dicha”, “considerando (el Consejo de Estado) contradictorio con el principio de autonomía colectiva imponer un deber de negociar que conlleve una obligación de un resultado negociador. Ha de existir un plan de igualdad, y es deseable que se acuerde con la representación de los trabajadores, pero ello no debería ser condición sine qua non”.

3º En cuanto al derecho sustantivo, en palabras de Ricardo Escudero, “hay que ir trenzando los preceptos recogidos en ambas partes de la Ley (articulado y DA) con el fin de comprender el sentido y el alcance” de los planes de igualdad desde la perspectiva de las sanciones, lo que va “en detrimento de la seguridad jurídica”.

Hechas estas tres precisiones vamos a adentrarnos en los tipos infractores y el derecho sustantivo infringido.

TIPO 7.13 LISOS: “no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación”.

Se pueden analizar, al menos, cuatro aspectos: cuál es la normativa infringida, a qué obligaciones se refiere el tipo infractor, quién es el sujeto infractor y el incumplimiento de la adopción de medidas.

DOCTRINA

Se trata de una infracción grave, que plantea el **problema de cuál es la normativa infringida**, pues sólo se cita al ET y al Convenio Colectivo aplicable, dejando fuera la Ley de Igualdad. La cuestión se puede plantear en los siguientes términos: ¿Qué obligaciones establece el ET? ¿Pueden ser distintas las obligaciones establecidas en la Ley de Igualdad y en el ET? En caso afirmativo, ¿quedaría sin sanción el incumplimiento de las obligaciones que sólo se contienen en la Ley de Igualdad?

Un respeto estricto al principio de tipicidad excluiría los incumplimientos de la regulación de la Ley de Igualdad no recogida en el ET. Sin embargo, una interpretación contextual nos lleva, como dijimos, a entrelazar ambas normas de forma complementaria. En todo caso, una interpretación literal del artículo 85.1 del ET, que remite expresamente a lo dispuesto en el Capítulo III del Título IV de la Ley de Igualdad, nos conduciría a incluir en el tipo el incumplimiento de las obligaciones sólo previstas en ella, si bien a través de lo que el profesor Ricardo Escudero llama *“una vía indirecta –casi hiperbólica–”*. Y con mayor rotundidad, si cabe, fuera ya del Título III relativo a la negociación colectiva, y sin dejar duda alguna sobre la consideración conjunta de ambas normas en materia de planes de igualdad, el artículo 17 del ET, dedicado a *“la no discriminación en las relaciones laborales”*, establece en su apartado 5 que *“el establecimiento de planes de igualdad en las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta ley y en la Ley Orgánica para la igualdad...”*.

Superada pues la problemática de qué derecho sustantivo puede ser vulnerado en el ámbito del tipo, la segunda cuestión es delimitar **a qué obligaciones se refiere el tipo infractor**.

Tres son las obligaciones que se fijan por la normativa mencionada, que podemos exponer cronológicamente: negociación, elaboración y aplicación. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones permitiría la aplicación del tipo (postura no pacífica, pues muchos defienden que lo único que se tipifica es el deber de negociación). Realizaremos un sucinto comentario de cada uno de ellas:

Negociación. Repele al derecho sancionador, por lo forzado de la postura, intervenir en deberes que son el fundamento de la negociación colectiva. El Convenio Colectivo en cuanto norma de eficacia general debe ser aplicado y la ITSS tiene una función en cuanto a velar por el cumplimiento de sus cláusulas normativas. Pero una cosa es aplicar el contenido de una norma y otra es sancionar que esa norma paccionada no se alcance o, con más precisión, que no se intente alcanzar. En todo caso, se abre una nueva vía de actuación de la ITSS encaminada a comprobar si el posible sujeto responsable (empresario en la relación laboral) ha intentado la negociación, se ha dirigido a los interlocutores legítimos, ha puesto los medios necesarios, ha hecho propuestas de medidas en la materia y ha intentado alcanzar un acuerdo. Desde el punto de vista de una actuación inspectora, hay que tender a no fundamentar la infracción en aspectos subjetivos, adquiriendo especial relevancia aspectos materiales citados y, en particular, el haber realizado un diagnóstico de la situación, paso previo a adoptar el conjunto ordenado de medidas que lo componen, según el artículo 46.1 de la Ley de Igualdad.

Elaboración. En todo caso, el Plan ha de elaborarse. Así lo entiendo a falta de consolidación de una postura doctrinal mayoritaria frente a las discrepancias ya expuestas. Desde una perspectiva empresarial, no se puede omitir un plan por no llegarse a un acuerdo cuando un diagnóstico de la situación ha puesto de manifiesto situaciones mejorables desde la perspectiva de igualdad de trato. En último extremo podría recibir otra denominación el conjunto de medidas a adoptar, pero ello constituiría una mera apariencia formal de respeto a las competencias de la negociación colectiva.

Yendo más allá, podría pensarse que se incluye en el tipo no sólo la falta de elaboración, sino que cualquier plan que cumpliera los requisitos para su elaboración no podría tenerse por tal. Es decir, no se habría elaborado un plan que no contuviera un *“conjunto ordenado de medidas”*, que no hubiera fijado *“los concretos objetivos, las estrategias y prácticas...”* o *“sistemas eficaces de seguimiento y evaluación”*, o que no incluyera a *“la totalidad de la empresa”*, requisitos para la elaboración de un Plan de igualdad según el artículo 46 de la Ley Orgánica.

Aplicación. La mera negociación y elaboración de un Plan son, evidentemente, insuficientes si no se pone en práctica. Podría darse un fenómeno similar al ocurrido en prevención de riesgos laborales con los planes de prevención: la apariencia de cumplimiento formal sin repercusión directa en las condiciones de trabajo. No se trata de sancionar el incumplimiento de las cláusulas obligaciones que conforman el contenido del Plan, como rechaza el profesor Ricardo Escudero, sino de comprobar si, en su conjunto, está siendo aplicado, para lo cual es fundamental estudiar el calendario de aplicación de las medidas que lo componen, pues un Plan sin plazos de cumplimiento no admite tal calificación.

Finalmente, y como veremos más adelante, si no se acepta que el incumplimiento de estas obligaciones integran el tipo infractor, nos encontraremos ante la situación de que la LISOS dispensa un tratamiento excesivamente dispar en cuanto al incumplimiento en materia de Planes de Igualdad según el origen del mismo. Ya hemos de aceptar que los incumplimientos de los Planes previstos por la normativa legal (para empresas de más de 250

DOCTRINA

trabajadores) son infracciones graves, mientras que los derivados de una resolución de la Autoridad laboral son muy graves. Pero admitir que en el primer caso sólo se sanciona la falta de negociación y en el segundo la no elaboración y no aplicación (*ex* artículo 8.17) supone un tratamiento tan privilegiado a los planes que se canjean por sanciones accesorias, que va en contra de una interpretación sistemática y contextual, que degrada a un importante colectivo de trabajadores y a la negociación colectiva.

Hasta aquí las obligaciones legales. Sin embargo, tal y como se recoge en el tipo, esas obligaciones pueden estar contenidas y reguladas en convenio colectivo. Habrá que estar a tales obligaciones específicas, pero el respeto a la ley y la utilización de la conjunción disyuntiva “o” no deja lugar a dudas sobre el contenido mínimo legal afectado. Sin duda, el Convenio Colectivo afectado por la infracción establecerá obligaciones relativas a la negociación, elaboración y aplicación del Plan de Igualdad.

Abordados los puntos conflictivos en torno a la posible normativa infringida y a la tipología de las obligaciones, restan mencionar dos cuestiones más.

El tercer asunto es **quién ostenta la condición de sujeto responsable**. Partiendo, como se indicó *supra*, que nos referimos al empresario en la relación laboral (art. 2 LISOS), el sujeto responsable por vía legal es el empresario que cuente con más de 250 trabajadores (art. 45.2 Ley de Igualdad) y, por vía convencional, el empresario que establezca el convenio colectivo aplicable (art. 45.3 Ley de Igualdad).

Si el criterio utilizado legalmente será el utilizado convencionalmente, es decir, el del tamaño de la empresa medido en términos de plantilla, el único problema que se plantea es el del cómputo de tal plantilla, siendo lo normal la utilización de las reglas contenidas en el propio ET para las elecciones a representantes unitarios. No obstante, hay posiciones doctrinales que entienden que al no distinguir la Ley de Igualdad entre trabajadores con contrato de duración determinada y con relación indefinida, se deben contabilizar todos ellos por igual. Lo que sí hay que dejar claro es que nos encontramos ante una infracción de ámbito de empresa y no de centro de trabajo.

En cuarto lugar hay que preguntarse por las **empresas que están obligadas a adoptar medidas de igualdad que no han de consistir, necesariamente, en un plan de igualdad**. Según el artículo 45.1 de la Ley, no son de naturaleza facultativa pues *“las empresas...deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores”*. Sin embargo, la remisión que se hace a la legislación laboral para determinar la forma en que se ha de llevar a cabo, y la contemplación de la expresión *“medidas”* en el artículo 85.1 del ET en el marco de la negociación colectiva, obliga a remitirnos a la evolución de esta última. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador son necesarias, al menos, dos precisiones:

La no adopción o la no negociación de tales medidas, dejando al margen los Planes de Igualdad, carecen de tipificación expresa, y no pueden incluirse en el tipo 7.13 que estamos analizando, pues este menciona expresa y únicamente a los Planes de Igualdad.

Desde el punto de vista de la actuación inspectora, habrá que centrarse en comprobar si existe discriminación y aplicar el tipo de infracción muy grave del art. 13.12 de la LISOS ya comentado. En este sentido se debe dejar apuntado que dicho tipo se refiere a *“decisiones unilaterales”*.

TIPO 8.17 LISOS “No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 de esta Ley”

Lo primero que llama la atención de este tipo es que refiriéndose a incumplimientos en Planes de Igualdad, no lo contempla en el comentado art. 7.13 (infracción grave) y lo individualiza, elevando la calificación a infracción muy grave.

Una advertencia inicial es que, por aplicación del artículo 45.4 de la Ley de Igualdad, para la elaboración de este Plan de Igualdad no se requiere acuerdo colectivo, como en los *“ordinarios”*, siendo suficiente, si no se culmina la negociación con acuerdo, la consulta con la representación legal de los trabajadores.

Para analizar el contenido del tipo es preciso referirse a las sanciones. En este caso la Ley de Igualdad da un paso adelante en el derecho administrativo sancionador, permitiendo sustituir una sanción económica (aunque prudentemente de tipo accesorio) por el cumplimiento de la norma infringida, en este caso a través de la elaboración y aplicación de un Plan de Igualdad.

Abordaremos primero el esquema de funcionamiento, para después comentar algunos aspectos.

El esquema de funcionamiento es el siguiente:

1º Comisión de una infracción muy grave de las tipificadas en los siguientes apartados:

Art. 8.12, decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas en las

DOCTRINA

condiciones de trabajo, o decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable como reacción ante una reclamación, acción administrativa o judicial exigiendo el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Art. 8.13, acoso sexual.

Art. 8.13 bis, acoso moral.

Art. 16.2, discriminaciones para el acceso al empleo.

2º Cualquiera de dichas infracciones, recogida en acta de la ITSS, lleva aparejada una sanción de 6.251 a 187.515 euros (art. 40.1 LISOS actualizado por RD 306/2007, de 2 de marzo).

3º Además de dicha sanción “principal”, el nuevo artículo 46 bis de la LISOS, establece como responsabilidad específica en materia de igualdad las siguientes sanciones accesorias: pérdida automática de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de programas de empleo, desde la fecha en la que se cometió la infracción, exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.

4º Dicha sanción accesoria se puede sustituir por un Plan de Igualdad en dos tipos, el 8.12 y el 16.2, siempre que la discriminación directa o indirecta lo sea por razón de sexo. Quedan fuera, por tanto, los tipos referidos al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (artículos 8.13 y 8.13 bis), a pesar de que el artículo 7.3 de la Ley de Igualdad mantiene que “*se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*”. Pudiera deberse tal circunstancia a que se considere infracciones de mayor entidad las relacionadas con el acoso y no proceda rebajarse el gravamen ocasionado por las sanciones accesorias, ya que, en todo caso, el empresario ha de tomar medidas para eliminar las situaciones de acoso, sin perjuicio de que las mismas se pudieran integrar en un Plan de Igualdad.

5º Los requisitos de dicha sustitución son los siguientes: solicitud de la empresa, informe preceptivo de la ITSS, resolución de la Autoridad Laboral, procedimiento regulado reglamentariamente, suspensión de la prescripción de las sanciones accesorias (tal vez de forma incorrecta se habla de suspensión, término reservado a la caducidad, en vez de interrupción de la prescripción).

Algunos de los aspectos que merecen comentario son los siguientes:

La Ley de Igualdad opera una reforma en la LISOS que va más allá de una perspectiva de género, al establecer sanciones accesorias para infracciones que pueden deberse a discriminaciones con un origen muy diverso (racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, afiliación sindical, etc.).

La fecha a computar para la pérdida de bonificaciones, ayudas o beneficios no es la del acta de infracción, sino la de la comisión de la infracción, que puede remontarse a 3 años atrás de acuerdo con las reglas de la prescripción (art. 4.1 LISOS)

La pérdida de bonificaciones, ayudas o beneficios, supone la extinción del derecho y no una suspensión de sus efectos. Por ello, será necesario volver a reunir los requisitos para el acceso, de nuevo, a tales ayudas, 6 meses después.

Puede resolver la Autoridad laboral que no ha concedido las bonificaciones, por ej. si estas derivan del Sistema de Seguridad Social.

No se determina cuándo el sujeto responsable puede solicitar el canje de la sanción por el Plan de Igualdad. Parece que tiene oportunidad hasta que sea firme en vía administrativa la sanción y dentro del plazo de ejecución de la misma. En todo caso, si se revocara la sanción principal en el orden contencioso-administrativo se produciría una devolución de cantidades y previsiblemente la fijación de una indemnización por “lucro cesante” o por las cantidades dejadas de percibir.

Situado el marco de las sanciones accesorias, el nuevo tipo infractor 8.17 aborda lo que sucede en caso de que el empresario que obtuvo la sustitución de las sanciones accesorias por el plan de igualdad, no elabore o no aplique el mismo, o incumpla “*manifiestamente los términos previstos*”.

Si la omisión del plan, o su no aplicación una vez elaborado ya fueron temas estudiados más arriba, lo que resulta novedoso es la previsión de incumplimiento manifiesto. Es el segundo tipo infractor de la LISOS que lo utiliza, pues recientemente se ha incorporado otro proveniente de la Ley 32/2006 de subcontratación en el sector de la construcción, el art. 13.17 de la LISOS habla de “*cuando manifiestamente no concurran las causas...*”. A semejanza de algunos tipos penales, lo que se quiere sancionar no es cualquier incumplimiento, sino los que alcancen tal cota de gravedad que desvirtúen el contenido de la resolución de la Autoridad laboral que fija las condiciones que ha de tener el Plan de Igualdad para poder conmutarse por las sanciones accesorias.

DOCTRINA

Así pues, nos encontramos con un tipo que responde a dos principios:

De una parte, castigar la vulneración de los actos de tutela de la Administración Pública. El Plan está autorizado por una resolución que se incumple. Como ocurre de forma similar con las órdenes de paralización ante un riesgo grave e inminente, cuyo incumplimiento en sí mismo, al margen de la infracción derivada de las deficientes condiciones de trabajo, constituye una infracción muy grave (artículo 13.3 de la LISOS).

De otro lado, sancionar la reiteración o persistencia en la infracción, puesta de manifiesto en las deficiencias de las medidas correctoras (Plan de Igualdad) superando el principio *non bis in idem*. Pudiera darse el caso de que la ausencia de un Plan de Igualdad fuera infracción grave (caso del art. 7.13 LISOS) y en otros sea castigada tanto la discriminación como la ausencia del Plan para su corrección, pero a través de infracciones muy graves (art. 8.12 y 8.17 LISOS), lo que puede ofrecer una apariencia de poca proporcionalidad.

En caso de comisión de la infracción del art. 8.17 LISOS se dejarán sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, con pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios desde la fecha de la comisión de la infracción y exclusión del acceso a los mismos durante seis meses desde la fecha de la resolución que reactive las sanciones accesorias. Al objeto de evitar desproporcionalidad e inseguridad jurídica, la regulación reglamentaria del procedimiento para la elaboración de estos Planes de Igualdad, habrá de referirse al plazo de elaboración y al período de vigencia o aplicación del mismo, pues en caso contrario la interrupción de la prescripción de sanciones accesorias carecería de límite temporal.

Aunque de forma tangencial, hay que dejar constancia de la importancia que cobra la infracción grave contenida en el artículo 7.7 de la LISOS, "*La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores...*", debido a las nuevas competencias en la materia. Así podemos citar:

La reforma del artículo 64.1 del ET, al que se añade un segundo párrafo sobre los derechos de información, al menos anual, sobre la aplicación del derecho de igualdad de trato, que incluye las medidas adoptadas y, en su caso, la aplicación del Plan de Igualdad.

El artículo 47 de la Ley de Igualdad al abordar la transparencia en la implantación del Plan de Igualdad, garantiza el acceso de los representantes legales de los trabajadores a la información sobre su contenido y consecución de sus fines.

El artículo 45.4 de la Ley de Igualdad establece la obligación de consulta para los Planes de Igualdad acordados por resolución de la Autoridad laboral.

El artículo 45.5 de la Ley de Igualdad establece la consulta previa en el caso de que las empresas no estén obligadas a elaborar e implantar Planes de Igualdad.

El artículo 73 de la Ley de Igualdad establece que se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones voluntarias de responsabilidad social de las empresas que no se concierten con los mismos.

LAS DERIVACIONES PROCESALES: COMUNICACIÓN DE OFICIO A LA JURISDICCIÓN SOCIAL

La Ley de Igualdad reforma dos artículos de la LPL directamente relacionados con las infracciones administrativas del orden social, que dan lugar al denominado procedimiento de oficio.

Una de las dos reformas se puede calificar de mera actualización de la LPL, pues consiste en cambiar la remisión que el artículo 149 hacía al ET, cuando este contenía el catálogo de infracciones en materia de relaciones laborales, para remitirse ahora al articulado de la LISOS, no sólo en cuestiones relacionadas con el principio de igualdad de trato y no discriminación, sino mencionando todas aquellas infracciones que, antes de ser revisadas en la jurisdicción contencioso-administrativa, deben ser objeto de pronunciamiento "prejudicial" por el orden jurisdiccional social cuando "*el sujeto responsable las haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido*" al mismo. Entre ellas se encuentra la infracción tipificada en el comentado artículo 8.12 que castiga las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones, así como el trato desfavorable ante una reclamación, acción administrativa o judicial que persiga la aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

Dejando aparte este aspecto cuasi-formal, la reforma trascendente es la que se centra en el artículo 146 dedicado a las posibles formas de iniciación del procedimiento de oficio. Hasta ahora tres eran las posibilidades:

La que acabamos de mencionar en materia de infracciones, y que supone una comunicación de la autoridad laboral que ha de resolver el procedimiento sancionador, no por tanto de la ITSS (art. 146.c) de la LPL).

La derivada de acuerdos de la autoridad laboral en materia de expedientes de regulación de empleo cuando se apreciara dolo, coacción o abuso de derecho (artículo 146.b).

DOCTRINA

La originada por certificaciones de resoluciones firmes dictadas por la autoridad laboral derivadas de actas de infracción en las que se observen perjuicios económicos para los trabajadores afectados (146 a) de la LPL).

La nota común a estas tres vías de iniciación del procedimiento de oficio reside en que se trata de actos y decisiones tomados por la autoridad laboral y nunca por la ITSS, aunque el origen del asunto precise de un acta de infracción.

Por otra parte, si bien la modalidad de pronunciamiento prejudicial del orden social cada vez es más utilizada, entre otras cosas por la consolidada línea jurisprudencial en contra del margen de discrecionalidad de la autoridad laboral, lo cierto es que las “actas con estimación de perjuicios económicos” dan lugar a una modalidad procesal que pasa inadvertida en nuestros días, pues si bien tenía mayor sentido en épocas pretéritas, en la actualidad los mecanismos de reclamación judicial ponen en evidencia su obsolescencia.

Sin embargo, esta última fórmula ha sido activada de una manera muy avanzada por la Ley de Igualdad, añadiendo una nueva vía de iniciación del procedimiento de oficio, expresamente reservada a la discriminación por razón de sexo. Y decimos que es avanzada por las razones que a continuación se esgrimen.

Ante la comprobación de una infracción consistente en discriminación por razón de sexo, la ITSS tiene un camino directo que es el levantamiento de un acta de infracción con la propuesta de sanción correspondiente. Este acta puede dar lugar, a través de la decisión de la autoridad laboral, al inicio de un procedimiento de oficio previo ante el orden jurisdiccional social, que hemos calificado de “cuasi cuestión prejudicial”.

Pero a partir de la reforma de la Ley de Igualdad, la ITSS, directamente y sin necesidad de esperar a la decisión de la autoridad laboral, puede comunicar a la jurisdicción social que ha constatado una discriminación por razón de sexo y recoger las bases de los perjuicios estimados para el trabajador “a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente” (art. 146d) de la LPL). En este sentido, la dificultad estriba en qué bases se utilizan para el futuro fundamento de una indemnización cuando el daño sufrido es de naturaleza moral y no material.

En esta materia citaremos al Magistrado Pablo Aramendi Sánchez que menciona “*criterios de razonabilidad como el repudio social que merece la transgresión...atendiendo a las peculiaridades personales del agresor y la víctima, la intensidad y duración del dolor padecido por la víctima, la eficiencia de la medida indemnizatoria para satisfacer a la víctima del daño causado y el carácter ejemplarizante de la medida para comportamientos futuros del agresor...*”.

La característica fundamental de esta nueva vía radica en la suma celeridad pues:

Se inicia el procedimiento por la ITSS y no por la autoridad laboral.

No es necesario que se haya resuelto procedimiento sancionador alguno, ni que adquiera firmeza la posible sanción administrativa.

Ahora bien, puede darse el caso de que comunicada la discriminación a efectos indemnizatorios, con posterioridad la autoridad laboral decida comunicar la existencia del acta de infracción por los mismos motivos a efectos prejudiciales. Esta situación la contempla la reforma de la Ley de Igualdad al establecer, para este caso, la acumulación de acciones, mediante el informe de la Jefatura de Inspección a la autoridad laboral y el traslado de la situación por esta al órgano jurisdiccional competente.

Todo lo anteriormente expuesto -críticas, dudas, reflexiones y criterios-, está condicionado a su consolidación a través de la Dirección General de la ITSS, donde se están elaborando los protocolos de actuación para la aplicación de la Ley de Igualdad, que estarán accesibles en su web una vez aprobados.

LEGISLACIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN, DE 16 DE JUNIO DE 2008 RELATIVA A LA CREACIÓN DE UN COMITÉ CONSULTIVO PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES¹ (VERSIÓN CODIFICADA) (2008/590/CE)

Artículo 1

Se crea adjunto a la Comisión, un Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, que en lo sucesivo se denominará «el Comité».

Artículo 2

1. Las funciones del Comité consistirán en asistir a la Comisión en la elaboración y en la realización de las acciones de la Comunidad para promover la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, y en fomentar un intercambio permanente de las experiencias, políticas y prácticas pertinentes en la materia, entre los Estados miembros y entre los diversos agentes implicados.

2. Para lograr los objetivos a que se refiere el apartado 1, el Comité:

a) asistirá a la Comisión en la creación de instrumentos de control, evaluación y difusión de los resultados de las acciones emprendidas en la Comunidad para promover la igualdad de oportunidades;

b) contribuirá a la aplicación de los programas de acción comunitaria en la materia, en particular procediendo al examen de sus resultados y proponiendo mejoras de las acciones realizadas;

c) contribuirá, con sus dictámenes, a la elaboración del informe anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres;

d) estimulará el intercambio de información sobre las acciones emprendidas a todos los niveles con el fin de promover la igualdad de oportunidades y, en su caso, emitirá propuestas sobre la posible continuidad de estas acciones;

e) emitirá dictámenes o enviará informes a la Comisión, a petición de esta o por iniciativa propia, sobre todas las cuestiones pertinentes respecto a la promoción de la igualdad de oportunidades en la Comunidad.

3. Las modalidades de difusión de los dictámenes e informes del Comité se determinarán de acuerdo con la Comisión. Estas podrán ser publicadas en anexo al informe anual de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres.

Artículo 3

1. El Comité estará formado por 68 miembros, a saber:

a) un representante, hombre o mujer, por Estado miembro, de los ministerios o servicios gubernamentales encargados de promover la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, que designará el Gobierno de cada Estado miembro;

b) un representante, hombre o mujer, por Estado miembro, de comités u organismos nacionales creados por disposición oficial que estén específicamente encargados de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como representantes de los sectores interesados. Cuando en un Estado miembro existan varios comités u organismos que se ocupen de estos asuntos, la Comisión determinará cuál es el organismo que, por sus objetivos, su estructura, su representatividad y su grado de independencia, resulta más indicado para estar representado en el Comité. La participación de los Estados miembros donde no haya comités de esta clase se encomendará a representantes de los organismos que, a juicio de la Comisión, ejerzan funciones análogas; este representante será nombrado por la Comisión a propuesta del comité u organismo nacional pertinente;

c) siete miembros en representación de las organizaciones patronales a escala comunitaria;

d) siete miembros en representación de las organizaciones de trabajadores a escala comunitaria.

Estos representantes serán designados por la Comisión a propuesta de los interlocutores sociales a escala comunitaria.

2. Dos representantes del lobby europeo de las mujeres participarán, como observadoras, en las reuniones del Comité.

3. Los representantes en el ámbito comunitario de las organizaciones internacionales, profesionales o asociativas que presenten a la Comisión una solicitud motivada podrán participar, como observadores, en las reuniones del Comité.

Artículo 4

Por cada uno de los vocales del Comité se nombrará, en las mismas condiciones que las fijadas en el artículo 3, a un o a una suplente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, el o la suplente sólo asistirá a las reuniones del Comité, y no participará en sus trabajos si el miembro a quien reemplace se viere imposibilitado para ello.

Artículo 5

El mandato de los miembros del Comité tendrá una duración de tres años. Será renovable.

Al terminar el período de tres años, los miembros del Comité permanecerán en el cargo hasta que se proceda a su sustitución o a la renovación de su mandato.

El mandato de un miembro expirará antes de concluir el período de tres años por dimisión, por haber dejado de pertenecer al organismo que representaba o por fallecimiento. También se dará por terminado el mandato de un miembro

¹ Publicada en DOUE L 190, de 18.7.2008, pp. 17-21. No se reproduce la parte introductoria de la disposición.

LEGISLACIÓN

cuando el organismo que presentó su candidatura solicite su sustitución.

El miembro que haya cesado será sustituido para el período que falte para la expiración de su mandato, según el procedimiento establecido en el artículo 4.

El ejercicio de estas funciones no dará lugar a ninguna remuneración; los gastos de viaje y de estancia ocasionados por la asistencia a las reuniones del Comité y a los grupos de trabajo creados según el artículo 8 serán cubiertos por la Comisión en aplicación de las normas administrativas en vigor.

Artículo 6

El Comité estará presidido por un presidente o presidenta, elegido entre los miembros. Su mandato tendrá una duración de un año. La elección se hará por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes; será necesario, no obstante, que el candidato obtenga como mínimo la mitad del total de los votos.

Dos vicepresidentes, hombre o mujer, serán también elegidos por la misma mayoría y en las mismas condiciones. Sus funciones consistirán en reemplazar al presidente en caso de que este se vea impedido para desempeñarlas. El presidente y los vicepresidentes habrán de proceder de Estados miembros diferentes. Constituirán la Mesa del Comité, que se reunirá antes de cada reunión del Comité.

El trabajo del Comité lo organizará la Comisión en estrecha relación con el presidente. La Comisión establecerá el borrador de orden del día de las reuniones del Comité, de acuerdo con el presidente. De la secretaría del Comité se encargará la unidad de la Comisión para las cuestiones de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. El acta de las reuniones del Comité será preparada por los servicios de la Comisión y presentada, para aprobación, al Comité.

Artículo 7

El presidente o presidenta podrá invitar a participar en los trabajos del Comité, como experto, a cualquier persona que posea particular competencia en alguno de los asuntos incluidos en el orden del día.

La participación de los expertos en los trabajos se limitará al asunto que haya motivado su presencia.

Artículo 8

1. El Comité podrá crear grupos de trabajo.
2. Para formular sus dictámenes, el Comité podrá encargar informes a un ponente o a un experto externo, en la forma que se determine.
3. Uno o varios miembros del Comité podrán participar como observadores en las actividades de otros Comités consultivos de la Comisión e informar al Comité.

Artículo 9

Las medidas adoptadas en aplicación de los artículos 7 y 8 que tengan repercusiones financieras sobre el presupuesto

de las Comunidades Europeas habrán de someterse previamente a la Comisión para que esta dé su conformidad y habrán de ejecutarse con arreglo a las normas administrativas en vigor.

Artículo 10

El Comité se reunirá en la sede de la Comisión cuando esta lo convoque. Celebrará dos sesiones al año, como mínimo.

Artículo 11

El Comité deliberará sobre las solicitudes de dictamen formuladas por la Comisión y sobre los dictámenes que emita por iniciativa propia. Estas deliberaciones no irán seguidas de votación.

La Comisión, al solicitar un dictamen, podrá determinar el plazo en el que el dictamen habrá de emitirse.

Los puntos de vista de las categorías representadas constarán en un acta que se transmitirá a la Comisión.

En caso de acuerdo unánime del Comité sobre el dictamen solicitado, el Comité establecerá las conclusiones comunes que se adjuntarán a las actas.

Artículo 12

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 287 del Tratado, los miembros del Comité estarán obligados a no divulgar las informaciones de que hayan tenido conocimiento por su participación en las tareas del Comité o de los grupos de trabajo, cuando la Comisión les haya notificado que un determinado dictamen o asunto guarda relación con una materia de carácter confidencial.

En tales casos, solo asistirán a las sesiones los miembros del Comité y los representantes de la Comisión.

Artículo 13

Queda derogada la Decisión 82/43/CEE.

Las referencias a la Decisión derogada se entenderán hechas a la presente Decisión y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo II².

*ANEXO I***Decisión derogada con la lista de sus modificaciones sucesivas**

Decisión 82/43/CEE de la Comisión (DO L 20 de 28.1.1982, p. 35)

Punto VIII.12 del anexo I del Acta de adhesión de 1985 (DO L 302 de 15.11.1985, p. 209).

Punto IV.C del anexo I del Acta de adhesión de 1994 (DO C 241 de 29.8.1994, p. 115).

Decisión 95/420/CE de la Comisión (DO L 249 de 17.10.1995, p. 43).

Punto 11.4 del anexo II del Acta de adhesión de 2003 (DO L 236 de 23.9.2003, p. 585).

Reglamento (CE) n° 1792/2006 de la Comisión (DO L 362 de 20.12.2006, p. 1). Únicamente en lo relativo a la referencia hecha en el artículo 1, apartado 2, sexto guión, y en el anexo, punto 9.1, de la Decisión 82/43/CEE.

² Puede consultarse dicho Anexo II en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:190:0017:0021:ES:PDF>.

LEGISLACIÓN

COMENTARIO A LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 16 DE JUNIO DE 2008 RELATIVA A LA CREACIÓN DE UN COMITÉ CONSULTIVO PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

La igualdad en nuestro ordenamiento jurídico no es solo un derecho fundamental de especial protección consagrado en el artículo 14 de la Constitución española, también es un valor superior del ordenamiento jurídico según el art. 1.1 de la CE. En su primer aspecto es un derecho público subjetivo o lo que es lo mismo es la facultad de sus titulares de aplicar una norma para la protección de un interés, es decir, la facultad de exigir el respeto a la igualdad, a un trato no discriminatorio que la Constitución reconoce. En su segundo aspecto, como valor superior del ordenamiento jurídico, es un principio general del derecho constitucionalizado junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político, y, como tal, irradia a todo el ordenamiento que debe interpretarse conforme al mismo. Pero la CE también reconoce en el artículo 9.2 lo que se denomina igualdad material y que ha permitido el desarrollo de acciones positivas cuando establece que los poderes público promoverán “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. Hay en la CE otras manifestaciones de la igualdad como el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica del hombre y la mujer del artículo 32 o la igualdad de los hijos ante la ley del artículo 39. El artículo 14 no solo contiene el reconocimiento de la igualdad, sino que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de sexo.

El reconocimiento de la igualdad en la Constitución de 1978 no llevó aparejado un desarrollo legislativo inmediato. Hemos tenido que esperar hasta el año 2007 cuando se promulga la Ley Orgánica 3/ 2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sin embargo, durante todo ese tiempo ha existido un desarrollo del artículo 14 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Podemos citar dos sentencias emblemáticas, la STC 103/83 conocida también como sentencia del viudo, y la STC 128/87, o de ayuda a guarderías. La primera declara la inconstitucionalidad del art. 160.2 de la Ley general de seguridad Social al considerar que el exigir distintos requisitos al viudo y a la viuda para acceder a la pensión de viudedad vulnera el artículo 14. Sin embargo existe un voto particular a esta sentencia que difiere del parecer de la mayoría y considera que el tratamiento legislativo es distinto porque la situación real del hombre y la mujer viudos dista mucho de ser equiparable, de tal modo que la LGSS da un tratamiento distinto a supuestos de hecho que también lo son con lo que no sólo no se vulnera el artículo

14 sino que se da cumplimiento a su mandato. Esta doctrina del voto particular se convierte en doctrina dominante en la STC 128/87 donde el Tribunal considera que la ayuda a guarderías para las trabajadoras y los viudos con hijos menores de seis años, pero no para los trabajadores varones, no vulnera el artículo 14 al ser una medida que pretende evitar la salida del mercado de trabajo de las trabajadoras con hijos menores³. Existen otras sentencias importantes como la STC 17/2003 donde el Tribunal siente su doctrina sobre el despido por causa de embarazo concluyendo que es discriminatorio por vulnerar directamente el artículo 14. Paralelamente tanto a nivel europeo como en el seno de Naciones Unidas se reconoce la igualdad y especialmente la no discriminación por razón de sexo. En Europa ya el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales consagra la prohibición de discriminación por razón de sexo en el artículo 14. También en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea se consagra el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo, en el artículo 1.1. Por su parte el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su versión consolidada de 2002 fija como misión de la Comunidad promover la igualdad entre el hombre y la mujer en el artículo 2, y en el artículo 3 se establece como objetivo “eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”. En esta misma línea, el Tratado de Lisboa de 2007 consagra la igualdad entre hombres y mujeres en el artículo 1 bis, y proclama la lucha contra toda discriminación por razón de sexo en el artículo 5 ter. Todavía en el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica a la igualdad los artículos 20, 21 y 23, donde proclama la igualdad de todas las personas ante la Ley, prohíbe toda discriminación, en particular la promovida por razones de sexo y garantiza la igualdad entre mujeres y hombres “en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”. Junto con estos textos hay que tener en cuenta también las Directivas en materia de igualdad, como la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, 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 la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006,

³ En este sentido cfr. MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Francisco Balaguer Callejón (Coord.), Tecnos, Madrid, 3ª edición 2008, Capítulo XVII, pág. 89.

LEGISLACIÓN

relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Con este marco legislativo se publica en el DOUE el 18 de julio de este año (2008), la Decisión de la Comisión, de 16 de junio de 2008, relativa a la creación de un Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (Versión codificada) (2008/590/CE) que analizamos. Ya en el año 1981 la Comisión adoptó la Decisión 82/43/CEE de la Comisión, de 9 de diciembre de 1981 relativa a la creación de un comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que ha sido modificada en diversas ocasiones siendo la Decisión de 2008 una refundición.

En los Considerandos se parte de la configuración de la igualdad como “un requisito de la dignidad humana y de la democracia” haciendo referencia a su papel como “principio fundamental del Derecho comunitario, de las constituciones y leyes de los Estados miembros, y de los convenios internacionales y europeos”. Efectivamente, hemos visto mas arriba ese reconocimiento de la igualdad en los textos internacionales y europeos.

La Comisión decide crear este Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (artículo 1), que tiene dos objetivos esenciales, por un lado, “asistir a la Comisión en la elaboración y en la realización de las acciones de la Comunidad para promover la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres”, una labor de apoyo a la Comisión que se presume técnica, y, por otro lado, “fomentar un intercambio permanente de las experiencias, políticas y prácticas pertinentes en la materia, entre los Estados miembros y entre los diversos agentes implicados”, es decir una función de intercambio y colaboración con los Estados miembros que se realizará a través de los respectivos organismos de igualdad (artículo 2.1).

Para la consecución de estos objetivos se le asignan al Comité un conjunto de funciones enumeradas en el artículo 2.2. Así, el Comité “asistirá a la Comisión en la creación de instrumentos de control, evaluación y difusión de los resultados de las acciones emprendidas en la Comunidad para promover la igualdad de oportunidades” (artículo 2.2.a); “contribuirá a la aplicación de los programas de acción comunitaria en la materia, en particular procediendo al examen de sus resultados y proponiendo mejoras de las acciones realizadas” (artículo 2.2.b); “contribuirá, con sus dictámenes, a la elaboración del informe anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres” (artículo 2.2.c); “estimulará el intercambio de información sobre las acciones emprendidas a todos los niveles con el fin de promover la igualdad de oportunidades y, en su caso, emitirá propuestas sobre la posible continuidad de estas acciones” (artículo 2.2.d); y “emitirá dictámenes o enviará informes a la Comisión, a petición de esta o por ini-

ciativa propia, sobre todas las cuestiones pertinentes respecto a la promoción de la igualdad de oportunidades en la Comunidad” (artículo 2.2.e). Como podemos ver sus funciones giran en torno a la acción en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, como por ejemplo, asistiendo a la Comisión en la creación de organismos de control, o proponiendo mejoras de las acciones realizadas. También ayudará a la Comisión en la elaboración del informe anual sobre los progresos realizados en materia de igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres. Y realiza una función de intercambio de información y de realización de informes relativos a la igualdad.

El Comité estará integrado por 68 miembros (artículo 3) formados por representantes de los Estados miembros, hombres o mujeres, tanto de los ministerios como de los organismos de igualdad, representantes de las organizaciones patronales y de trabajadores, y en calidad de observadoras podrán participar en las reuniones del Comité dos representantes del lobby europeo de mujeres y, previa solicitud motivada también podrán participar como observadores los representantes en el ámbito comunitario de las organizaciones internacionales, profesionales o asociativas. También prevé la decisión el nombramiento de suplentes uno o una por cada vocal que actuaran en caso de imposibilidad del titular (artículo 4).

En principio el mandato de los vocales es de tres años. Este periodo puede alargarse ya que al expirar el mismo continuarán en su cargo hasta que se produzca un nuevo nombramiento para evitar un vacío de poder. También puede prolongarse por renovación en el cargo, pero puede acortarse por los motivos especificados en el artículo 5, a saber, dimisión, fallecimiento o por haber dejado de pertenecer al organismo que representaba o por cuando el organismo que lo propuso solicite su sustitución.

Por lo que respecta al funcionamiento del Comité, éste estará presidido por un presidente o presidenta, que junto con dos vicepresidentes, hombre o mujer, constituirán la Mesa del Comité. El presidente o presidenta será elegido entre sus miembros con un mandato de un año. La elección será por mayoría de dos tercios de los presentes debiendo obtener al menos la mitad de los votos de la totalidad. Los vicepresidentes son elegidos con las mismas mayorías. El trabajo del Comité se organiza por la Comisión junto con el presidente del Comité. Las reuniones serán en la sede de la Comisión cuando esta lo convoque. Se celebrarán dos sesiones al año, como mínimo (artículo 10). En cuanto a la toma de decisiones el artículo 11 prevé la deliberación del Comité sobre las solicitudes de dictamen que realice la Comisión y sobre los que emita por iniciativa propia, esa deliberación constará en un acta que se transmitirá a la Comisión.

El artículo 7 prevé la participación de expertos, previa invitación del presidente o presidenta, en asuntos en los que sean particularmente competentes pero sólo para ese asunto concreto, y el artículo 8 la creación de grupos de trabajo

LEGISLACIÓN

y la participación de expertos como ponentes de los dictámenes del Comité.

Por último, el artículo 12 establece un deber de secreto de los miembros del Comité cuando conozcan de asuntos declarados confidenciales por la Comisión. En estos casos no podrán asistir los observadores.

Esta decisión pone en funcionamiento un órgano de colaboración con la Comisión en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Su operatividad o efectividad se verá con el transcurso del tiempo y su intervención en los asuntos de su competencia. En principio, parece una iniciativa loable y su regulación obedece al funcionamiento normal de los órganos consultivos. Sin embargo llama la atención

que en su composición, como hemos visto, no se declare el principio de representación equilibrada entre mujeres y hombres, limitándose a establecer la posibilidad de que tanto la presidencia como las vicepresidencias sean ocupadas por hombres o por mujeres. Es posible que la composición, distribuida entre los Estados miembros, impida esa declaración, pero creo que en la regulación de un órgano de estas características y especialmente dedicado a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se debería haber establecido su composición paritaria o presencia equilibrada de mujeres y hombres. (María Dolores Cabello Fernández. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

ACUERDO DE 17 DE JULIO DE 2008, DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO 1/2005, DE 15 DE SEPTIEMBRE, DE LOS ASPECTOS ACCESORIOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES, EN MATERIA DE SERVICIO DE GUARDIA EN LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER⁴

Artículo único. *Modificación del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.*

El Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, queda modificado como sigue:

Uno. El artículo 38 queda redactado del siguiente modo:

“En cada partido judicial uno de los Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción desempeñará, en régimen de guardia, las funciones a que se refiere el presente Título. Igual cometido desarrollará en las circunscripciones que corresponda un Juzgado de Menores y un Juzgado de Violencia sobre la Mujer”.

Dos. El apartado 4 del artículo 42 queda redactado del siguiente modo:

“4. Salvo en aquellas demarcaciones donde exista servicio de guardia de Juzgados de Violencia sobre la Mujer, también será objeto del servicio de guardia de los Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados. A estos efectos, el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juez de Violencia sobre la Mujer. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pon-

drá a su disposición, en su caso, al imputado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando la intervención judicial haya de producirse fuera del período de tiempo en que preste servicio de guardia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer allí donde esté establecido”.

Tres. El apartado 1 y los párrafos primero, segundo y tercero del apartado 2 del artículo 49 quedan redactados del siguiente modo:

“1. De la coordinación entre los Juzgados de guardia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la Policía Judicial en la realización de citaciones.

A los efectos de lo establecido en los artículos 796, 797 bis y 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la asignación de espacios temporales para aquellas citaciones que la Policía Judicial realice ante los distintos Juzgados de guardia y ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer donde no esté establecido un servicio de guardia propio, se realizará a través de una Agenda Programada de Citaciones (APC), que detallará franjas horarias disponibles en dichos Juzgados para esta finalidad. Tratándose de Juzgados de Violencia sobre la Mujer en aquellas demarcaciones donde no presten servicio de guardia, las franjas horarias que se reserven comprenderán únicamente los días laborables y las horas de audiencia; las citaciones se señalarán para el día hábil más próximo, y si éste no tuviere horas disponibles, el señalamiento se hará para el siguiente día hábil más próximo. Las asignaciones de hora para citaciones deben tener en cuenta los siguientes criterios:

⁴ Publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 182, de 29 de julio de 2008. No se reproduce la Exposición de Motivos.

LEGISLACIÓN

I. Si hubiera más de un servicio de guardia o más de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer en la circunscripción para instrucción de Diligencias Urgentes, las citaciones se realizarán al respectivo servicio de guardia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer que corresponda con arreglo a las normas de reparto existentes, así como a los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial.

II. Tendrán preferencia en la asignación de espacios horarios preestablecidos los testigos extranjeros y nacionales desplazados temporalmente fuera de su localidad, a los efectos de facilitar la práctica de prueba preconstituida, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. De la coordinación de señalamientos para juicios orales entre Juzgados de guardia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Fiscalías de las Audiencias Provinciales.

A los efectos previstos en el artículo 800.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los distintos Juzgados en servicio de guardia ordinaria y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer realizarán directamente los señalamientos para la celebración del juicio oral en las causas seguidas como procedimiento de enjuiciamiento rápido, siempre que no hayan de dictar sentencia, de conformidad de acuerdo a lo previsto en el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En aquellas demarcaciones donde no esté constituido el servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el Juzgado de Instrucción en servicio de guardia que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, haya de resolver sobre la situación personal del detenido por hechos cuyo conocimiento corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, citará a éste para comparecencia ante dicho Juzgado en la misma fecha para la que hayan sido citados por la Policía Judicial la persona denunciante y los testigos, en caso de que se decrete su libertad. En el supuesto de que el detenido sea constituido en prisión, junto con el mandamiento correspondiente, se librarán la orden de traslado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en la fecha indicada.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando la intervención judicial haya de producirse fuera del período de tiempo en que preste servicio de guardia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer allí donde esté establecido”.

Cuatro. Se introduce en el Capítulo II del Título III una nueva Sección 7.^a bis, con un artículo 62 bis, en los siguientes términos:

“SECCIÓN SÉPTIMA BIS. EL SERVICIO DE GUARDIA DE

LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LOS PARTIDOS JUDICIALES CON CUATRO O MÁS JUZGADOS DE TAL CLASE

Artículo 62 bis.

1. En los partidos judiciales donde existan cuatro o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se establecerá un servicio de guardia de permanencia en el que turnarán de modo sucesivo todos los órganos de tal naturaleza en ellos existentes.

2. Las referencias del Capítulo I del Título III a los servicios de guardia y a los Juzgados de guardia, se extienden a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que presten servicio de guardia, en lo relativo a las competencias que les son propias.

3. El servicio de guardia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los partidos judiciales a los que se refiere el apartado uno del presente artículo, se prestará durante tres días consecutivos en régimen de presencia de 9 a 21 horas. En las actuaciones inaplazables que se presenten en los restantes periodos de tiempo, intervendrá el Juzgado de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción que en esos momentos se encuentre prestando el servicio de guardia, el cual remitirá las diligencias practicadas al órgano competente”.

Disposición final. Entrada en vigor.

El presente Acuerdo entrará en vigor el día uno de noviembre de dos mil ocho.

COMENTARIO AL ACUERDO DE 17 DE JULIO DE 2008 DEL CGPJ, POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO 1/2005, EN MATERIA DE SERVICIO DE GUARDIA EN LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Un poco de historia

Han pasado ya poco más de tres años desde que, el 29 de junio de 2005, se conoció la noticia de que empezaban a trabajar 430 Juzgados de Violencia contra la Mujer (en adelante también JVSJ), diecisiete de ellos en exclusividad. Estos Juzgados no eran sino una de las principales consecuencias de la Ley contra la Violencia de Género, en vigor desde enero de 2005. Pero estos nuevos Juzgados de Violencia no disponían de servicio de guardia, al contar con un único juez titular con un horario concentrado de lunes a viernes, en días laborables, de 9.00 a 15.00 horas.

Efectivamente, el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales⁵, no regulaba un servicio de guardia propio para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Se atribuía este servicio exclusivamente a los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de guardia (que “suplantaban” esta función a los primeros).

⁵ Vid. al respecto mi “Comentario al Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del CGPJ y al Acuerdo del Pleno de 15 de septiembre de 2005, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.” En: *Revista Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de Información y Análisis Jurídico*. Núm. 20, diciembre de 2005, págs. 41 a 43

LEGISLACIÓN

Necesidad de la actual reforma

No obstante, este servicio de guardia se ha revelado “insuficiente”, porque los asuntos se inician sin salirse de las horas de “audiencia pública”. Es decir, su sustanciación y resolución se desarrolla más allá de la jornada ordinaria de trabajo. En otras palabras, los asuntos se sustancian y resuelven más allá del horario de “audiencia” que presentan los JVSM. Ello ha desembocado en la creación del servicio de guardia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y su necesaria coordinación con los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

Contenido de la reforma

El presente Acuerdo del CGPJ modifica el Reglamento 1/2005. Esta reforma entra en vigor el día 1 de noviembre de 2008, y crea un régimen especial de guardias para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con una serie de criterios: “territorial, competencia especializada” y las específicas actuaciones que precisen una “urgente” participación del juez, especialmente la celebración de juicios y tramitación de las órdenes de protección (pues se tienen que adoptar medidas que afectan a derechos fundamentales).

Es significativo, tal como marca el art. 110.2 de la LOPJ, que el Pleno del CGPJ haya consultado previamente antes de aprobar este Acuerdo, aparte de asociaciones profesionales, del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, etc., con los Jueces Decanos de los partidos judiciales de las capitales de provincia de Granada y Alicante. Sin embargo, este Acuerdo no ha sido informado por los representantes de los trabajadores, aunque es necesario negociar con los representantes sindicales de los trabajadores y trabajadoras en lo relativo a los cambios de las condiciones de trabajo. Tampoco se detalla qué Juzgados entrarán en el servicio de guardia y cómo se retribuirá a este personal. Ello ha hecho que el Sindicato Comisiones Obreras haya enviado al Secretario General de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia un escrito⁶.

La reforma afecta al art. 38 del Reglamento 1/2005 que sufre una nueva redacción⁷. Asimismo, el art. 42.4 se modifica, regulando con mucho detalle el servicio de guardia de los Juzgados (de Violencia, de Instrucción o de Primera Instancia). En especial, se ocupa de recoger las competencias de los mismos, como regularizar la situación de las personas detenidas por tomar parte presuntamente en delitos cuya investigación corresponda a los Juzgados de Violencia de género y solventar las peticiones para que se dicten las órdenes de protección de las mujeres víctimas de delitos de violencia.

Para una mejor coordinación de los diferentes Juzgados competentes en esta materia en relación con las citaciones y señalamientos para juicios orales se modifica el art. 49 del Reglamento 1/2005. De este modo, existirá una Agenda

Programada de Citaciones que regulará detalladamente las horas en que se producirán las citaciones que la Policía Judicial haga ante los diferentes Juzgados de guardia y ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que no cuenten con servicios de guardia propios.

En ese sentido, los espacios horarios serán los días laborables y las horas de audiencia. Aún se detalla más el reparto de hora para las citaciones, que se regirá por unas reglas concretas:

1ª En caso de incoación de Diligencias urgentes, las citaciones se harán bien al servicio de guardia, bien al Juzgado de Violencia sobre la Mujer correspondiente, conforme a las reglas de reparto preestablecidas.

2ª Los testigos que tengan que salir fuera de su localidad contarán con un trato preferente en el reparto de horas, con la finalidad de que se pueda realizar “la prueba constituida”.

Cómo coordinar los señalamientos para juicios orales entre diversos órganos jurisdiccionales (Juzgados de guardia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Fiscalías de las Audiencias Provinciales).

Los señalamientos para que tenga lugar el juicio oral por el procedimiento de enjuiciamiento rápido se efectuarán por los propios Juzgados en servicio de guardia ordinaria y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con la condición de que no tengan que aprobar sentencia⁸.

No obstante, en las demarcaciones judiciales en las que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no tengan servicio de guardia, es decir, aquellos partidos judiciales que tengan 4 ó más juzgados, el encargado de citar al detenido por hechos de los que tenga que ocuparse el Juzgado de Violencia sobre la Mujer será el Juzgado de Instrucción de guardia. Si se produce un cambio en la situación personal del detenido y éste es mandado a prisión se dictará también una orden de traslado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

El presente Acuerdo del CGPJ también contempla el supuesto de que el JVSM no esté de guardia (es decir, esté saliente de guardia), en cuyo caso todo lo relatado con anterioridad también sería de aplicación.

¿Y qué ocurre con los nuevos servicios de guardia que se implantan en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer? En aquellos partidos judiciales que dispongan de cuatro ó más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se implantará un servicio de guardia permanente, donde se irán alternando sucesivamente todos los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Más concretamente, el servicio de guardia de los mencionados Juzgados se realizará durante tres días seguidos, con horario presencial de 9 de la mañana a 9 de la noche. Fuera de este horario se hará cargo el Juzgado de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción que preste el servicio de guardia.

⁶ www.fsap.ccoo.es

⁷ “En cada partido judicial uno de los Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción desempeñará, en régimen de guardia, las funciones a que se refiere el presente Título. Igual cometido desarrollará en las circunscripciones que corresponda un Juzgado de Menores y un Juzgado de Violencia sobre la Mujer.”

⁸ Cfr. art. 800.3 y 801 de la LECr.

LEGISLACIÓN

En definitiva, tras este Acuerdo del CGPJ de 17 de julio de 2008 no todos los Juzgados de Violencia sobre la Mujer dispondrán de servicio de guardia, únicamente los partidos judiciales que dispongan de cuatro o más juzgados. Y aquellos que sí dispongan de este servicio de guardia, amplían su horario de 3 de la tarde a 9 de la noche. Asimismo, en este Acuerdo se pretende una efectiva coordinación entre los juzgados de guardia ordinarios y estos Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Además, se especifica el sistema

de juicios rápidos en violencia de género y las citaciones que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado habrán de practicar ante los juzgados de guardia o los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La experiencia judicial nos dirá si esta reforma en relación con el servicio de guardia es lo suficientemente eficaz y completa. (MARÍA DOLORES MARTÍNEZ CUEVAS. Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada).

DECRETO 437/2008, DE 2 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE CREA LA COMISIÓN INTERDEPARTAMENTAL PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES⁹

Artículo 1. Creación.

Se crea la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres, como órgano colegiado adscrito orgánicamente a la Consejería competente en materia de Igualdad y funcionalmente a la Comisión Delegada para la Igualdad, el Bienestar y la Inmigración, en el que estarán representadas todas las Consejerías de la Junta de Andalucía, con la composición, competencias y régimen de funcionamiento que se establecen en el presente Decreto.

Artículo 2. Finalidad.

La Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres tendrá como finalidad el seguimiento de las acciones y actuaciones adoptadas por la Administración de la Junta de Andalucía en materia de igualdad de género, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.1 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Artículo 3. Competencias.

Para el cumplimiento de su finalidad, le corresponde a la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres desarrollar las funciones establecidas en el artículo 31.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y, en particular, las siguientes:

- a) Promover la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en la Administración de la Junta de Andalucía.
- b) Hacer un seguimiento del cumplimiento, desarrollo y aplicación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.
- c) Analizar y debatir el Plan estratégico para la igualdad de mujeres y hombres que el Consejo de Gobierno aprobará cada cuatro años, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, así como realizar el seguimiento de la ejecución del citado Plan.

d) Analizar y debatir el informe periódico, previsto en el artículo 64 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. A tal fin, todos los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía colaborarán con la Comisión facilitándole la información necesaria.

e) Hacer el seguimiento de las actuaciones de las Unidades de Igualdad de Género constituidas en cada Consejería de conformidad con el artículo 60 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.

f) Cuantas otras tareas le sean atribuidas en materia de igualdad de género.

Artículo 4. Composición.

1. La Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres estará integrada por las siguientes personas:

- a) Presidencia: La persona titular de la Consejería competente en materia de igualdad.
- b) Vicepresidencia: La persona titular del Instituto Andaluz de la Mujer.
- c) Vocalías: Una persona con rango al menos de Director o Directora General, que será designada por las personas titulares de las restantes Consejerías que constituyen la Administración de la Junta de Andalucía.
- d) Secretaría: Realizará las funciones de Secretaría un funcionario o funcionaria del Instituto Andaluz de la Mujer que desempeñe una Jefatura de Servicio, cuyo nombramiento se realizará por la Presidencia de la Comisión, que actuará con voz pero sin voto.

2. La composición del órgano respetará la representación equilibrada entre mujeres y hombres de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.

3. En caso de vacante, ausencia o enfermedad, las personas

⁹ BOJA núm. 180, de 10 de septiembre de 2008. No se reproduce la Exposición de Motivos.

LEGISLACIÓN

que sean vocales titulares de la Comisión Interdepartamental serán sustituidas por sus suplentes, quienes tendrán rango al menos de titular de Dirección General y serán designadas al tiempo que las titulares de las vocalías. La suplencia de la Vicepresidencia recaerá en la persona que designe la Presidencia de la Comisión. Asimismo, la suplencia de la persona titular de la Secretaría recaerá en una persona designada por la Presidencia de la Comisión con los mismos requisitos exigidos a la persona titular.

Artículo 5. Funcionamiento.

1. La Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres se reunirá, al menos, dos veces al año y, en todo caso, cuando lo estime necesario la persona que ostenta la Presidencia.
2. La Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres se regirá por sus propias normas de organización y funcionamiento y, en todo caso, por lo dispuesto en el 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
3. La Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres podrá crear grupos de trabajo con la composi-

ción y funcionamiento que determine el propio órgano, al objeto de tratar cuestiones de manera más específica.

Artículo 6. Gestión administrativa.

Corresponde al Instituto Andaluz de la Mujer prestar la asistencia técnica y administrativa necesaria para el funcionamiento de la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres, así como de los Grupos de trabajo que se constituyan en su seno, con la aportación de medios tanto materiales como personales.

Disposición adicional única. Constitución de la Comisión.

La constitución efectiva de la Comisión se realizará en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la entrada en vigor del presente Decreto.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto.

Disposición final primera. Desarrollo y ejecución.

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de lo establecido en el presente Decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

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

LEY 5/2008, DE 24 DE ABRIL, DEL DERECHO DE LAS MUJERES A ERRADICAR LA VIOLENCIA MACHISTA (CATALUÑA)¹⁰

Título I. Disposiciones generales**Artículo 1. Objeto de la Ley.**

1. La presente ley tiene por objeto la erradicación de la violencia machista y la remoción de las estructuras sociales y los estereotipos culturales que la perpetúan, con la finalidad que se reconozca y se garantice plenamente el derecho inalienable de todas las mujeres a desarrollar su propia vida sin ninguna de las formas y ámbitos en que esta violencia puede manifestarse.
2. La presente ley establece medidas integrales respecto a la prevención y la detección de la violencia machista y de sensibilización respecto a esta violencia, con la finalidad de erradicarla de la sociedad, así como reconoce los derechos de las mujeres que la sufren a la atención, asistencia, protección, recuperación y reparación integral.

Artículo 2. Garantía de los derechos de las mujeres.

1. Todas las mujeres que se hallan en situaciones de violencia machista, así como sus hijos e hijas dependientes, que vivan o trabajen en Cataluña y con independencia de la vecindad civil, la nacionalidad o la situación administrativa

y personal, tienen garantizados los derechos que la presente ley les reconoce, sin perjuicio de lo establecido por la legislación en materia de extranjería y de la exigencia de determinados requisitos para las diferentes prestaciones y servicios.

2. Las referencias a las mujeres incluidas en la presente ley se entiende que incluyen también a las niñas y adolescentes, salvo que se indique de otro modo.

Artículo 3. Definiciones.

A efectos de la presente ley, se entiende por:

- a) Violencia machista: la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o padecimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado.
- b) Sensibilización: el conjunto de acciones pedagógicas y comunicativas encaminadas a generar cambios y modifica-

¹⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, número 5123, de 8 de mayo de 2008. No se reproduce el Preámbulo.

LEGISLACIÓN

ciones en el imaginario social que permitan avanzar hacia la erradicación de la violencia machista.

c) Prevención: el conjunto de acciones encaminadas a evitar o reducir la incidencia de la problemática de la violencia machista mediante la reducción de los factores de riesgo, e impedir así su normalización, y las encaminadas a sensibilizar la ciudadanía, especialmente a las mujeres, en el sentido de que ninguna forma de violencia es justificable ni tolerable.

d) Detección: la puesta en funcionamiento de diferentes instrumentos teóricos y técnicos que permitan identificar y hacer visible la problemática de la violencia machista, tanto si aparece de forma precoz como de forma estable, y que permitan también conocer las situaciones en las que se debe intervenir, para evitar su desarrollo y cronicidad.

e) Atención: el conjunto de acciones destinadas a una persona para que pueda superar las situaciones y consecuencias generadas por el abuso en los ámbitos personal, familiar y social, garantizando su seguridad y facilitándole la información necesaria sobre los recursos y procedimientos para que pueda resolver la situación.

f) Recuperación: la etapa del ciclo personal y social de una mujer que ha vivido situaciones de violencia en que se produce el restablecimiento de todos los ámbitos dañados por la situación vivida.

g) Reparación: el conjunto de medidas jurídicas, económicas, sociales, laborales, sanitarias, educativas y similares adoptadas por los distintos organismos y agentes responsables de la intervención en el ámbito de la violencia machista, que contribuyen al restablecimiento de todos los ámbitos dañados por la situación vivida.

h) Victimización secundaria o revictimización: el maltrato adicional ejercido contra las mujeres que se hallan en situaciones de violencia machista como consecuencia directa o indirecta de los déficits -cuantitativos y cualitativos- de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables, así como por las actuaciones no acertadas provenientes de otros agentes implicados.

i) Precariedad económica: situación de una persona que tiene una percepción de ingresos igual o inferior al indicador de renta de suficiencia de Cataluña, que se establece anualmente.

Artículo 4. Formas de violencia machista.

1. A efectos de la presente ley, la violencia machista puede ejercerse en alguna de las siguientes formas:

a) Violencia física: comprende cualquier acto u omisión de fuerza contra el cuerpo de una mujer, con el resultado o el riesgo de producirle una lesión física o un daño.

b) Violencia psicológica: comprende toda conducta u omisión intencional que produzca en una mujer una desvaloración o un sufrimiento, mediante amenazas, humillación, vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, insultos, aislamiento o cualquier otra limitación de su ámbito de libertad.

c) Violencia sexual y abusos sexuales: comprende cualquier acto de naturaleza sexual no consentido por las mujeres, incluida la exhibición, la observación y la imposición, mediante violencia, intimidación, prevalencia o manipulación emocional, de relaciones sexuales, con independencia de que la persona agresora pueda tener con la mujer o la menor una relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco.

d) Violencia económica: consiste en la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y, si procede, de sus hijas o hijos, y la limitación en la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja.

2. La violencia machista puede ejercerse de forma puntual o de forma reiterada.

Artículo 5. Ámbitos de la violencia machista.

La violencia machista puede manifestarse en algunos de los siguientes ámbitos:

Primero.-Violencia en el ámbito de la pareja: consiste en la violencia física, psicológica, sexual o económica ejercida contra una mujer y perpetrada por el hombre que es o ha sido su cónyuge o por la persona que tiene o ha tenido con ella relaciones similares de afectividad.

Segundo.-Violencia en el ámbito familiar: consiste en la violencia física, sexual, psicológica o económica ejercida contra las mujeres y las menores de edad en el seno de la familia y perpetrada por miembros de la propia familia, en el marco de las relaciones afectivas y los vínculos del entorno familiar. No se incluye la violencia ejercida en el ámbito de la pareja, definida en el apartado primero.

Tercero.-Violencia en el ámbito laboral: consiste en la violencia física, sexual o psicológica que puede producirse en el centro de trabajo y durante la jornada laboral, o fuera del centro de trabajo y del horario laboral si tiene relación con el trabajo, y que puede adoptar dos tipologías:

a) Acoso por razón de sexo: lo constituye un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona en ocasión del acceso al trabajo remunerado, la promoción en el puesto de trabajo, el empleo o la formación, que tenga como propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de las mujeres y crearles un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

b) Acoso sexual: lo constituye cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga como objetivo o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una mujer o crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o molesto.

Cuarto.-Violencia en el ámbito social o comunitario, que comprende las siguientes manifestaciones:

a) Agresiones sexuales: consisten en el uso de la violencia física y sexual ejercida contra las mujeres y las menores de edad que está determinada por el uso premeditado del sexo como arma para demostrar poder y abusar del mismo.

b) Acoso sexual.

LEGISLACIÓN

- c) Tráfico y explotación sexual de mujeres y niñas.
- d) Mutilación genital femenina o riesgo de padecerla: incluye cualquier procedimiento que implique o pueda implicar una eliminación total o parcial de los genitales femeninos o produzca lesiones en los mismos, aunque exista consentimiento expreso o tácito de la mujer.
- e) Matrimonios forzados.
- f) Violencia derivada de conflictos armados: incluye todas las formas de violencia contra las mujeres que se producen en estas situaciones, como por ejemplo el asesinato, la violación, la esclavitud sexual, el embarazo forzado, el aborto forzado, la esterilización forzada, la infección intencionada de enfermedades, la tortura o los abusos sexuales.
- g) Violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como por ejemplo los abortos selectivos y las esterilizaciones forzadas.

Quinto.-Cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres.

Artículo 6. *Finalidades.*

Las medidas que esta ley establece tienen como finalidades:

- a) Facilitar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y la autonomía y la libertad de las mujeres.
- b) Establecer mecanismos para hacer investigación sobre violencia machista y difundir sus resultados, así como para la sensibilización social y la información destinada a las mujeres.
- c) Dotar a los poderes públicos de Cataluña de instrumentos eficaces para erradicar la violencia machista en los ámbitos preventivo, educativo, formativo, de los medios de comunicación y laboral y social.
- d) Establecer los derechos de las mujeres que se encuentran en situación de violencia machista, exigibles ante las administraciones públicas, así como para sus hijos e hijas, además de asegurar su acceso gratuito a los servicios públicos que se establezcan.
- e) Garantizar derechos económicos para las mujeres que se hallan en situación de violencia machista, con el fin de facilitarles el proceso de recuperación y reparación.
- f) Crear la Red de Atención y Recuperación Integral para las mujeres que sufren violencia machista, integrada por un conjunto de recursos y servicios públicos para la atención, asistencia, protección, recuperación y reparación.
- g) Establecer mecanismos para una intervención integral y coordinada contra la violencia machista, mediante la colaboración de las administraciones públicas de Cataluña, y la participación de las entidades de mujeres, profesionales y organizaciones ciudadanas que actúan contra la violencia machista.
- h) Concretar medidas para introducir la especialización de todos los colectivos profesionales que intervienen en la atención, asistencia, protección, recuperación y reparación destinadas a las mujeres y las demás víctimas de la violencia machista.

- i) Garantizar el principio de adecuación de las medidas, para que en el momento de su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y las demandas específicas de todas las mujeres que sufren la violencia machista.

Artículo 7. *Principios orientadores en las intervenciones de los poderes públicos.*

Los poderes públicos de Cataluña, para lograr las finalidades establecidas por el artículo 6, deben seguir los siguientes criterios de actuación:

- a) El compromiso con la efectividad del derecho de no discriminación de las mujeres.
- b) La consideración del carácter estructural y la naturaleza multidimensional de la violencia machista, en especial en cuanto a la implicación de todos los sistemas de atención y reparación.
- c) La consideración del carácter integral de las medidas, que deben tener en cuenta todos los daños que las mujeres, los menores y las menores sufren como consecuencia de la violencia machista, también los daños sociales y económicos, y los efectos de esta violencia en la comunidad.
- d) La transversalidad de las medidas, de modo que cada poder público implicado debe definir acciones específicas desde su ámbito de intervención, de acuerdo con modelos de intervención globales, en el marco de los programas cuatrienales de intervención integral contra la violencia machista en Cataluña.
- e) La debida consideración de las particularidades territoriales, culturales, religiosas, personales, socioeconómicas y sexuales de la diversidad de las mujeres en situación de violencia machista, así como sus necesidades específicas, considerando que ninguna particularidad justifica la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.
- f) La proximidad y el equilibrio de las intervenciones en el territorio, con una atención específica en las zonas rurales.
- g) El compromiso que la construcción de las respuestas a la violencia machista debe efectuarse desde las necesidades específicas y las experiencias de las mujeres en situaciones de violencia, a partir de las metodologías y las prácticas que desde la sociedad civil y académica y las organizaciones feministas en especial han ido definiendo a través de la experiencia.
- h) La consideración de las dificultades singulares en que se encuentran mujeres de determinados colectivos en situaciones específicas, de acuerdo con el capítulo 5 del título III.
- i) El compromiso activo de garantizar la privacidad de los datos personales de las mujeres en situación de violencia, así como las demás personas implicadas o de los testigos, de acuerdo con la legislación aplicable.
- j) La evitación de la victimización secundaria de las mujeres y el establecimiento de medidas que impidan la reproducción o la perpetuación de los estereotipos sobre las mujeres y la violencia machista.
- k) El compromiso en la necesidad de que todas las personas profesionales que atienden a las mujeres en situaciones de

LEGISLACIÓN

violencia dispongan de la debida capacitación y formación especializada.

l) El fomento de los instrumentos de colaboración y cooperación entre las distintas administraciones públicas para todas las políticas públicas de erradicación de la violencia machista y, en especial, el diseño, el seguimiento y la evaluación de las medidas y los recursos que deben aplicarse.

m) El fomento de los instrumentos de participación y colaboración con las organizaciones sociales, en especial las de mujeres, como los consejos de mujeres, el movimiento asociativo de mujeres y los grupos de mujeres pertenecientes a movimientos sociales y sindicales, en el diseño, el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas para erradicar la violencia machista.

n) La participación profesional y social, que implica contar con todas las personas profesionales de los diferentes ámbitos que puedan atender la complejidad de las formas de violencia machista y con el criterio y la participación de los colectivos afectados.

o) La necesidad de la celeridad de las intervenciones, para posibilitar una adecuada atención y evitar el incremento de la victimización.

p) La limitación de la mediación, con la interrupción o, si procede, la paralización del inicio de cualquier proceso de mediación familiar si hay implicada una mujer que ha sufrido o sufre cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja o el familiar objeto de la mediación.

q) La vinculación del Gobierno de la Generalidad con los derechos de las mujeres y el cumplimiento del principio de igualdad de todas las personas que viven en Cataluña, de acuerdo con el artículo 37 del Estatuto.

Título II. De la prevención, la detección y la erradicación de la violencia machista

Capítulo 1. Investigación en violencia machista

Artículo 8. Fomento, alcance y difusión de la investigación.

1. El Gobierno debe aportar los medios necesarios para asegurar que se lleve a cabo investigación en el ámbito universitario y especializado en todos los temas relacionados con la violencia machista, con el objetivo de mejorar la prevención, la atención y la efectividad de la recuperación en situaciones de violencia machista y conseguir su erradicación.

2. La investigación debe incluir todas las manifestaciones de la violencia machista, así como el diferente impacto que tiene esta violencia en colectivos específicos de mujeres y en las menores y los menores que indirectamente o directamente la sufren. Asimismo, la investigación debe desarrollar programas innovadores que tengan como objetivo definir, ensayar y evaluar estrategias proactivas y preventivas con relación a los perpetradores de violencia machista.

3. La promoción de la investigación debe ser liderada trans-

versalmente por el Instituto Catalán de las Mujeres, que debe establecer los necesarios acuerdos de colaboración en el ámbito universitario y especializado para llevarla a cabo.

4. Debe llevarse a cabo la difusión del conocimiento sobre la violencia machista en todos los ámbitos sociales y, muy especialmente, entre las personas profesionales que trabajan con las mujeres en situaciones de violencia, y por todos los medios que estén al alcance.

Capítulo 2. Sensibilización social e información para prevenir y eliminar la violencia machista

Artículo 9. Actuaciones de información y sensibilización social.

1. Las administraciones públicas de Cataluña deben impulsar y desarrollar periódicamente actuaciones informativas y estrategias de sensibilización social destinadas a prevenir y eliminar la violencia machista.

2. Las actuaciones de información tienen por objeto dar a conocer:

a) Los derechos de las mujeres que sufren situaciones de violencia machista o que se hallan en riesgo de sufrirlas, tipificadas por la presente ley y toda la legislación aplicable, así como los medios de identificación de dichas situaciones.

b) Los servicios disponibles de asistencia y protección, y los de recuperación y reparación, destinados a las mujeres que han sufrido o sufren violencia machista.

c) Los deberes de la ciudadanía, del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña y de agentes sociales ante el conocimiento o riesgo de concurrencia de situaciones de violencia en los ámbitos familiar, laboral, docente, vecinal y social, en general.

3. Para diseñar y distribuir la información a que se refiere este artículo deben atenderse a las particularidades territoriales, culturales, religiosas, económicas, sexuales y personales de la población.

4. Las actuaciones de información y sensibilización social contra la violencia machista deben llevarse a cabo de forma que se garantice el acceso universal a estas actuaciones, teniendo en cuenta las situaciones personales y sociales que puedan dificultar su acceso. Estas actuaciones deben ofrecerse en formato accesible y comprensible y debe garantizarse el uso de las modalidades y las opciones de comunicación que sean necesarias.

5. Las actuaciones de sensibilización tienen como objetivo modificar los mitos, los modelos, los prejuicios y las conductas con relación a las mujeres y la violencia machista, y deben recoger los siguientes elementos:

a) Presentar el fenómeno como multidimensional.

b) Enmarcar el fenómeno en la distribución desigual de poder entre mujeres y hombres.

c) Hacer visibles los modelos agresivos vinculados a la masculinidad tradicional y las conductas pasivas o subordinadas tradicionalmente vinculadas a los valores femeninos.

d) Diferenciar el origen y las causas de la violencia machista.

LEGISLACIÓN

ta de los problemas concretos añadidos que puedan afectar a los agresores, como alteraciones mentales, toxicomanías y alcoholismo, y de determinados niveles culturales, estatus socioeconómico y procedencia cultural.

e) Presentar a las mujeres que han sufrido violencia machista como personas que han podido activar los recursos propios y superar las situaciones de violencia.

Capítulo 3. Detección de la violencia machista

Artículo 10. Actuaciones de las administraciones públicas.

1. Las administraciones públicas de Cataluña deben desarrollar las acciones necesarias para detectar e identificar situaciones de riesgo o existencia de violencia machista.
2. Las administraciones públicas de Cataluña deben establecer líneas de apoyo destinadas a la organización y ejecución de las actividades de prevención que establece la presente ley.

Artículo 11. Obligación de intervención y comunicación.

1. Todas las personas profesionales, especialmente profesionales de la salud, los servicios sociales y la educación, deben intervenir obligatoriamente cuando tengan conocimiento de una situación de riesgo o de una evidencia fundamentada de violencia machista, de acuerdo con los protocolos específicos y en coordinación con los servicios de la Red de Atención y Recuperación Integral.
2. Los contratos que las administraciones públicas de Cataluña suscriban con personas o entidades privadas que prestan servicios en los ámbitos profesionales a que se refiere el apartado 1 deben recoger expresamente las obligaciones de intervención.
3. Las obligaciones a que se refieren los apartados 1 y 2 se entienden sin perjuicio del deber de comunicación de los hechos a los cuerpos y fuerzas de seguridad o al Ministerio Fiscal.

Capítulo 4. Ámbito educativo

Artículo 12. Coeducación.

1. La coeducación, a efectos de la presente ley, es la acción educadora que valora indistintamente la experiencia, las aptitudes y la aportación social y cultural de las mujeres y los hombres, en igualdad de derechos, sin estereotipos sexistas y androcéntricos, ni actitudes discriminatorias, para conseguir el objetivo de construir una sociedad sin subordinaciones culturales y sociales entre mujeres y hombres. Los principios de la coeducación son un elemento fundamental en la prevención de la violencia machista.
2. Los valores de la coeducación y los principios de la escuela inclusiva, para alcanzar el objetivo a que se refiere el apartado 1, deben tener un carácter permanente y transversal en la acción de gobierno del departamento competente en materia educativa.

Artículo 13. Currículos educativos.

Los contenidos curriculares deben aplicar el principio de coeducación en todos los niveles de la enseñanza, en los términos que se establezcan por reglamento.

Artículo 14. Supervisión de los libros de texto y otro material educativo.

El departamento de la Administración de la Generalidad competente en materia educativa debe supervisar los libros de texto y otros materiales curriculares, como parte del proceso ordinario de inspección que ejerce la administración educativa sobre todos los elementos que integran el proceso de enseñanza y aprendizaje, para garantizar contenidos de acuerdo con el principio de la coeducación.

Artículo 15. Formación y capacitación del profesorado.

1. El Gobierno debe facilitar la formación y la capacitación específica y permanente de las personas profesionales de la educación en materia de violencia machista y de desarrollo de los derechos de las mujeres.
2. El departamento competente en materia educativa debe incluir en los planes de formación iniciales y permanentes del profesorado una formación específica en materia de coeducación. Asimismo, debe facilitar las herramientas metodológicas de actuación ante situaciones concretas de violencia machista.

Artículo 16. Análisis e interpretación de la cultura de la violencia.

El Gobierno debe fomentar que las personas profesionales de la educación tengan una formación específica en materia de análisis e interpretación de las construcciones culturales que naturalicen el uso de la violencia y, concretamente, de la violencia machista.

Artículo 17. Ámbito de la enseñanza universitaria.

Las administraciones competentes en materia de universidades deben asegurar que, en el marco de los currículos de las disciplinas relacionadas con los ámbitos de la presente ley pertenecientes a los estudios universitarios de grado, máster y doctorado, se incorporen contenidos formativos para dar cumplimiento al objetivo y finalidades de la presente ley.

Capítulo 5. Formación y capacitación de profesionales

Artículo 18. Programas de formación específica sobre la violencia machista.

Las administraciones públicas de Cataluña, en colaboración con entidades y personas profesionales expertas en la materia y, si procede, también con el mundo universitario, deben diseñar programas de formación específica en materia de violencia machista. Esta formación específica debe diferenciar dos niveles:

- a) El nivel de formación básica, dirigido a todas las personas profesionales que intervienen indirectamente en procesos de violencia.
- b) El nivel de formación capacitadora, dirigido a las personas profesionales que intervienen directamente en procesos de violencia. Este nivel debe definir y determinar trata-

LEGISLACIÓN

mientos específicos para los diferentes colectivos de mujeres y para los distintos tipos de violencia.

Artículo 19. *Formación de profesionales.*

1. El Gobierno debe garantizar la formación capacitadora de todas las personas profesionales que trabajan en la prevención, detección, atención, asistencia, recuperación y reparación en situaciones de violencia machista.
2. El Gobierno debe promover la formación específica de capacitación del personal inspector de trabajo y del personal judicial y no judicial al servicio de la Administración de justicia y de la Fiscalía en Cataluña que intervengan en los procesos judiciales relacionados con la violencia machista.
3. Los colegios profesionales, las organizaciones sindicales y empresariales y las administraciones públicas competentes deben asegurar que la formación y capacitación específicas a que se refiere el presente artículo se incorporen en los correspondientes programas de formación.
4. La formación debe incluir programas de apoyo y cuidado de las personas profesionales implicadas en el tratamiento de la violencia machista para prevenir y evitar los procesos de agotamiento y desgaste profesional.
5. En los cursos de formación a que se refiere el presente artículo debe introducirse la diversidad femenina, en especial la especificidad de los colectivos de mujeres a que se refiere el capítulo 5 del título III.

Capítulo 6. Medios de comunicación

Artículo 20. *Atribuciones del Consejo del Audiovisual de Cataluña.*

El Consejo del Audiovisual de Cataluña, como autoridad reguladora, debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual relativas a asegurar un trato de las mujeres de conformidad con los principios y valores establecidos por la presente ley.

Artículo 21. *Protocolos de los medios de comunicación.*

1. El Consejo del Audiovisual de Cataluña debe promover acuerdos y convenios de autorregulación o corregulación en todos los medios de comunicación social, los cuales deben incorporar criterios orientadores con relación a la actuación de los programas ante la violencia machista y la representación de las mujeres.
2. Las normas de autorregulación a que se refiere el apartado 1 deben tener carácter de códigos éticos y actuar como guías de conducta para los medios de comunicación y como pauta de control a posteriori.

Artículo 22. *Contenidos y publicidad con relación a la violencia machista.*

1. En los medios de comunicación social que estén dentro del ámbito competencial de la Generalidad quedan prohibidas:
 - a) La elaboración y difusión de contenidos y anuncios publicitarios que, mediante su tratamiento o puesta en

escena, inciten a la violencia machista o la justifiquen o banalicen, o que vehiculen tácita o implícitamente mensajes sexistas y misóginos.

- b) La reiteración sistemática en la profusión o difusión de mensajes que desautoricen a las mujeres o las traten vejatoria u objetualmente.

2. La publicidad institucional y la publicidad dinámica en Cataluña deben respetar las disposiciones establecidas sobre publicidad y deben velar especialmente por el respeto a los principios especificados por el apartado 1, sin perjuicio de las competencias del Consejo del Audiovisual de Cataluña en la materia.

Artículo 23. *Tratamiento de la información.*

En el marco del ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de información, los medios de comunicación social gestionados o financiados por las administraciones públicas de Cataluña deben tratar la información que ofrecen de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Hacer un uso no sexista ni androcéntrico del lenguaje y fomentar una presencia equilibrada y una imagen plural de los dos sexos, al margen de los cánones de belleza y de estereotipos sexistas. Difundir imágenes masculinas alejadas de los estereotipos machistas.
- b) Velar para que, en todos los elementos de la puesta en escena o en el tratamiento de la información, las mujeres sean presentadas con toda autoridad y respeto, haciendo visibles las aportaciones que han realizado en todos los ámbitos de la sociedad y considerando su experiencia como fuente documental de primera importancia.
- c) Promover y favorecer los contenidos en los cuales queden patentes los derechos efectivos de las mujeres.
- d) Dar a conocer las noticias sobre acontecimientos relacionados con la violencia machista, excluyendo los elementos que le puedan dar un aspecto morboso y que contravengan a los principios de la profesión periodística en Cataluña.

Artículo 24. *Obligaciones de servicio público.*

La Corporación Catalana de Medios Audiovisuales y los operadores locales deben incluir, entre las obligaciones de servicio público, la obligación de promover la sensibilización de la sociedad catalana en cuanto al respeto y el reconocimiento de los saberes y las aportaciones de las mujeres, y contra cualquier forma de violencia machista.

Artículo 25. *Autorizaciones para la prestación de servicios de comunicación audiovisual.*

Los pliegos de cláusulas administrativas para adjudicar títulos habilitantes para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de radio y televisión, que, según la normativa correspondiente, se otorgan por concurso público, deben incluir la valoración de un código deontológico sobre el tratamiento adecuado de la violencia machista como uno de los criterios de adjudicación.

Artículo 26. *Ayudas y subvenciones.*

1. Las bases de las convocatorias de ayudas y subvenciones que tengan como beneficiarios a medios de comunicación

LEGISLACIÓN

deben incluir su compromiso de fomentar los derechos de las mujeres y evitar la discriminación de las mujeres.

2. El incumplimiento del compromiso establecido por el apartado 1 constituye una causa de revisión y, si procede, de revocación de la ayuda o subvención.

Capítulo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral y social

Artículo 27. Actuaciones de sensibilización y formación.

El Gobierno, mediante los instrumentos legales ya existentes, debe promover y llevar a cabo actuaciones de sensibilización y formación destinadas a los trabajadores y trabajadoras, a las personas representantes de los trabajadores y trabajadoras, a los sindicatos, a las empresas y a las asociaciones empresariales, destinadas a difundir el derecho de todas las trabajadoras a ser tratadas con dignidad y a no tolerar el acoso sexual ni el acoso por razón de sexo, y a impulsar una actitud solidaria y de ayuda hacia las mujeres y de rechazo del acoso.

Artículo 28. Negociaciones y acuerdos colectivos.

1. El Gobierno debe impulsar, con el acuerdo de los agentes sociales, que las empresas que tengan la sede social o ejercen actividades en Cataluña establezcan medidas concretas y procedimientos de actuación con el fin de prevenir, reparar y sancionar los casos de acoso sexual y de acoso por razón de sexo.

2. El Gobierno debe promover el diálogo social en la lucha contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo mediante el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el puesto de trabajo, los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación, el intercambio de experiencias y buenas prácticas o cualquier otro instrumento.

Artículo 29. Subvenciones a empresas.

1. Las bases reguladoras de las subvenciones que tengan como beneficiarias a empresas con una plantilla igual o superior a veinticinco personas deben incluir la obligación, con el acuerdo de los agentes sociales, de indicar los medios que utilizan para prevenir y detectar casos de acoso sexual y de acoso por razón de sexo, e intervenir en dichos casos, en sus centros de trabajo.

2. La falta de utilización o la utilización indebida de los medios a que se refiere el apartado 1 constituyen una causa de no concesión o, si procede, de revocación de la subvención.

Título III. De los derechos de las mujeres en situaciones de violencia machista a la prevención, atención, asistencia, protección, recuperación y reparación integral

Capítulo 1. Derecho a la protección efectiva

Artículo 30. Contenido del derecho a la protección efectiva.

1. Las mujeres que se hallan en riesgo o en situación de vio-

lencia machista tienen derecho a recibir de inmediato de las administraciones públicas de Cataluña una protección integral, real y efectiva.

2. Las garantías de protección deben asegurarse tanto por medios tecnológicos como por servicios policiales, así como por cualquier otro medio que asegure la protección de las mujeres.

3. Los objetivos de los dispositivos de protección destinados a las mujeres en riesgo o en situación de violencia machista son:

- Facilitar la localización y la comunicación permanente.
- Proporcionar una atención inmediata a distancia.
- Facilitar la protección inmediata y adecuada ante situaciones de emergencia.

Artículo 31. Fuerzas y cuerpos de seguridad.

1. La Policía de la Generalidad -Mossos d'Esquadra- debe vigilar y controlar el cumplimiento exacto de las medidas acordadas por los órganos judiciales. En el marco de cooperación establecido con las fuerzas y cuerpos de seguridad, las policías locales de Cataluña deben colaborar para asegurar el cumplimiento de las medidas acordadas por los órganos judiciales.

2. Las administraciones públicas de Cataluña deben garantizar que los cuerpos de policía autonómica y local presten la atención específica en protección a las mujeres que sufren alguna de las formas de violencia que esta ley recoge.

3. Las administraciones públicas de Cataluña deben garantizar que los cuerpos policiales dispongan de la adecuada formación básica en materia de violencia machista y de la formación y capacitación específicas y permanentes en materia de prevención, asistencia y protección de las mujeres que sufren violencias.

Capítulo 2. Derecho a la atención y la asistencia sanitarias específicas

Artículo 32. Contenido del derecho a la atención y la asistencia sanitarias específicas.

1. Las mujeres que sufren cualquier forma de violencia machista tienen derecho a una atención y una asistencia sanitarias especializadas. El Gobierno, mediante la Red Hospitalaria de Utilización Pública, garantiza la aplicación de un protocolo de atención y asistencia en todas las manifestaciones de la violencia machista, en los diferentes niveles y servicios. Este protocolo debe contener otro protocolo específico para las mujeres que han sufrido una agresión sexual.

2. El Gobierno debe garantizar que el personal profesional sanitario tenga la formación específica adecuada para desarrollar la tarea a que se refiere este artículo. A tales efectos, corresponde al Instituto de Estudios de la Salud, dependiente del departamento competente en materia de salud, prestar dicha formación específica exigida.

3. En todas las medidas establecidas por este artículo debe tenerse en cuenta la diversidad femenina, especialmente la

LEGISLACIÓN

especificidad de los colectivos de mujeres a que se refiere el capítulo 5 del título III.

4. El Gobierno debe promover la adopción, por parte de los servicios de salud concertados y privados, de un protocolo de atención y asistencia respecto a todas las manifestaciones de violencia machista.

Capítulo 3. Derechos de atención y reparación

Artículo 33. *Identificación de las situaciones de violencia machista.*

1. A efectos del acceso a los derechos de reparación establecidos en este capítulo, constituyen medios de prueba calificados para la identificación de las situaciones de violencia machista:

a) La sentencia de cualquier orden jurisdiccional, aunque no haya ganado firmeza, que declare que la mujer ha sufrido alguna de las formas de esta violencia.

b) La orden de protección vigente.

c) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2. En ausencia de alguno de los medios establecidos por el apartado 1, son medios específicos de identificación de las situaciones de violencia machista, siempre y cuando expresen la existencia de indicios que una mujer la ha sufrido o está en riesgo verosímil de sufrirla:

a) Cualquier medida cautelar judicial de protección, seguridad o aseguramiento vigente.

b) El atestado elaborado por las fuerzas y cuerpos de seguridad que han presenciado directamente alguna manifestación de violencia machista.

c) El informe del Ministerio Fiscal.

d) El informe médico o psicológico elaborado por una persona profesional colegiada, en el que conste que la mujer ha sido atendida en algún centro sanitario por causa de maltrato o agresión machista.

e) El informe de los servicios públicos con capacidad de identificación de las situaciones de violencia machista. Se reconoce esta capacidad a los servicios sociales de atención primaria, a los servicios de acogida y recuperación, a los servicios de intervención especializada y a las unidades especializadas dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

f) El informe del Instituto Catalán de las Mujeres.

g) Cualquier otro medio establecido por disposición legal.

3. Las disposiciones que regulan el reconocimiento de los derechos y el acceso a las prestaciones a que se refiere la presente ley establecen en cada supuesto, si procede, las formas de identificación de la violencia machista.

Sección primera. Derechos en el ámbito del acceso a una vivienda

Artículo 34. *Concesión de ayudas para el acceso a una vivienda.*

1. El Gobierno debe promover medidas para facilitar el

acceso a una vivienda a las mujeres que sufren cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja, el ámbito familiar o el ámbito social o comunitario, incluidos el tráfico y la explotación sexual, y estén en situación de precariedad económica debido a las violencias o cuando el acceso a una vivienda sea necesario para recuperarse.

2. Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de este derecho se identifican por cualquiera de los medios establecidos por el artículo 33.

Artículo 35. *Acceso prioritario a las viviendas de promoción pública.*

1. En las reservas obligatorias de las promociones públicas de vivienda el Gobierno debe velar por garantizar el acceso a la vivienda de todas las mujeres que se hallan o superan una situación de violencia machista, en el ámbito de la pareja, el ámbito familiar o el ámbito social o comunitario, incluidos el tráfico y la explotación sexual, y se hallan en situación de precariedad económica a causa de esta violencia o cuando el acceso a una vivienda sea necesario para recuperarse.

2. Las reservas deben efectuarse teniendo en cuenta el número de mujeres que se hallan en las situaciones descritas por el apartado 1 y las mujeres que se hallan en situación de discapacidad, que deben ser consideradas un colectivo preferente en el acceso a las viviendas reservadas por la legislación a personas con discapacidad.

3. Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de este derecho se identifican por cualquiera de los medios establecidos por el artículo 33.1.

Artículo 36. *Residencias públicas.*

1. Las mujeres mayores de sesenta y cinco años y las mujeres con discapacidad que sufren violencia machista y que se hallan en situación de precariedad económica deben ser consideradas un colectivo preferente a efectos de tener acceso a las plazas de residencias públicas, siempre y cuando esta sea la opción escogida por las mujeres beneficiarias.

2. El acceso a las residencias públicas de las mujeres a que se refiere el apartado 1 tiene carácter de urgencia social.

3. Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento del derecho establecido por este artículo se identifican por cualquiera de los medios establecidos por el artículo 33.1.

Artículo 37. *Ayudas a la adaptación funcional del hogar.*

En la obtención de ayudas públicas destinadas a la adaptación funcional del hogar las administraciones deben dar preferencia a las mujeres con discapacidad que sufran violencia machista.

Sección segunda. Derecho al empleo y la formación ocupacional

Artículo 38. *Derecho al empleo y la formación ocupacional.*

1. El Gobierno debe garantizar, previa acreditación de los requisitos establecidos por la correspondiente norma de

LEGISLACIÓN

desarrollo, la formación ocupacional a las mujeres que se hallan en cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja, el ámbito familiar, el ámbito laboral o el ámbito social o comunitario, incluidos el tráfico y la explotación sexual, y debe estudiar particularmente los casos de violencia en el ámbito laboral. El Gobierno debe adoptar las medidas necesarias para facilitar el empleo de las mujeres víctimas de violencia machista, cuando sea preciso para que puedan recuperarse económicamente.

2. La administración pública competente, a efectos de lo establecido por este artículo, debe:

- a) Dar información, orientación y apoyo a las mujeres que sufren violencia machista, incluida la información y el apoyo que se deriven de los derechos que les reconoce la legislación vigente, así como detectar las situaciones de violencia machista, en el marco de los servicios que prestan las oficinas de trabajo de la Generalidad y los protocolos de actuación y coordinación.
- b) Establecer subvenciones a la contratación del colectivo de mujeres en los casos a que se refiere el apartado 1.
- c) Promover la firma de convenios con empresas y organizaciones sindicales para facilitar su reinserción laboral.
- d) Establecer ayudas directas y medidas de apoyo para las mujeres que se constituyan en trabajadoras autónomas, con un seguimiento tutorial personalizado de sus proyectos.

Artículo 39. *Programas de formación.*

1. Todos los programas de formación ocupacional e inserción laboral que desarrolle el Gobierno deben incluir con carácter prioritario a las mujeres que sufren o han sufrido violencia machista.

2. Los programas de formación de las administraciones públicas de Cataluña deben establecer proyectos específicos que incluyan el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación y las materias necesarias para el empleo de las mujeres que sufren o han sufrido violencias, atendiendo a la diversidad de situaciones y necesidades.

Artículo 40. *Obligación de confidencialidad.*

El empresariado, la representación sindical, los organismos competentes en materia de empleo y las entidades formadoras están obligados a guardar confidencialidad sobre las circunstancias personales de las mujeres que han sufrido o sufren violencia machista.

Sección tercera. Derecho a la atención y asistencia jurídicas

Artículo 41. *Derecho a la atención jurídica.*

1. Todas las mujeres, especialmente las que sufren cualquiera de las formas de violencia machista especificadas por la presente ley, tienen derecho a recibir toda la información jurídica relacionada con la situación de dicho tipo de violencia.

2. El Servicio de Atención Telefónica Especializada debe garantizar, en todo caso, la atención jurídica permanente, en casos de violencia machista.

3. Los servicios de orientación jurídica que se ofrecen a la ciudadanía deben garantizar, en todo caso, la atención jurídica permanente en casos de violencia machista.

4. Las personas profesionales que presten el Servicio de Atención Telefónica Especializada y los servicios de orientación jurídica deben realizar cursos de formación específica en esta materia como requisito para acceder a estos servicios o acreditar experiencia profesional en el tratamiento de estos asuntos. El Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del departamento competente en materia de justicia es el organismo de referencia encargado de efectuar la formación específica de las personas profesionales del ámbito jurídico, para hacer efectivo el derecho de atención jurídica a las mujeres que se hallan en situación de violencia machista. En este ámbito de formación, el mencionado Centro debe actuar en coordinación con el Centro de Estudios, Investigación y Capacitación sobre Violencia Machista, creado por la presente ley, y con los colegios profesionales.

Artículo 42. *Derecho a la asistencia jurídica.*

1. Las mujeres que sufren o han sufrido cualquiera de las formas de violencia que recoge esta ley tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en la forma establecida por la legislación vigente.

2. En los supuestos de violencia en el ámbito de la pareja y en el ámbito familiar, para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita deben tenerse en cuenta únicamente los recursos e ingresos económicos personales de las mujeres víctimas de violencia machista con los límites establecidos por la legislación aplicable.

Artículo 43. *Servicios de guardia permanente y turnos de oficio especializados.*

1. El departamento de la Administración de la Generalidad competente en materia de justicia debe disponer el sistema de prestación de los servicios de asistencia letrada a las mujeres que han sufrido violencia machista para que esta asistencia cuente con servicios de guardia permanente en todo el territorio de Cataluña.

2. La Administración de la Generalidad debe garantizar que toda mujer que sea víctima de violencia machista esté asistida por una abogada o abogado y, si procede, procuradora o procurador, y que las personas profesionales hayan recibido la formación especializada en la materia.

Artículo 44. *Los derechos de menores de edad.*

Las menores y los menores perjudicados por la muerte de la madre como consecuencia de violencia machista, o perjudicados por otras circunstancias que impidan a la madre ejercer las potestades que le son propias respecto a los propios menores, tienen derecho a la atención jurídica en los términos establecidos por esta ley.

Sección cuarta. Personación de la Administración de la Generalidad en procesos penales

LEGISLACIÓN

Artículo 45. *Supuestos para la personación.*

1. La Administración de la Generalidad puede personarse en los procedimientos penales por violencia machista, en los casos de muerte o lesiones graves de mujeres, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal.
2. Si la personación es ejercida por otra administración pública, el Gobierno puede personarse de forma potestativa.
3. El Gobierno puede personarse en otros casos además de los especificados por el apartado 1 y que sean de relevancia especial, previa evaluación de los hechos por parte del Instituto Catalán de las Mujeres.
4. La personación de la Administración de la Generalidad debe ejercerse con el consentimiento de la mujer víctima o de su familia, siempre y cuando ello sea posible.

*Sección quinta. Derechos a prestaciones económicas***Artículo 46.** *Renta mínima de inserción, ayudas económicas y demás prestaciones.*

1. Para favorecer la autonomía de las mujeres que estén en situaciones de violencia machista y a efectos del derecho a percibir la renta mínima de inserción, deben tenerse en cuenta exclusivamente los ingresos y rentas individuales de cada mujer, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la Ley 10/1997, de 3 de julio, de la renta mínima de inserción.
2. Para la determinación de la carencia de rentas para acceder a las demás ayudas económicas establecidas por la presente ley, deben tenerse en cuenta exclusivamente los ingresos y rentas individuales de cada mujer.
3. En cuanto a las prestaciones de urgencia social, las mujeres que sean víctimas de la violencia machista tienen los derechos que establece el artículo 30 de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico.
4. El Gobierno puede conceder prestaciones económicas extraordinarias a las mujeres que han sufrido violencia machista, identificada por cualquiera de los medios establecidos por el artículo 33. Estas prestaciones deben destinarse a paliar situaciones de necesidad personal que sean evaluables y verificables, previo informe de los organismos competentes sobre la inexistencia o insuficiencia de las ayudas ordinarias para cubrir estos supuestos.

Artículo 47. *Indemnizaciones.*

1. Las mujeres que, como consecuencia de las formas de violencia machista especificadas por la presente ley sufran secuelas, lesiones corporales o daños en la salud física o psíquica de carácter grave tienen derecho a percibir del Gobierno un pago único de una cantidad económica, en las condiciones y requisitos que se establezcan por reglamento.
2. La cuantía a que se refiere el apartado 1 es compatible con las indemnizaciones que se establezcan en sentencia judicial o con otras prestaciones económicas, públicas o privadas que legalmente les puedan corresponder.

3. Si la víctima es menor de edad, la indemnización económica no puede ser administrada por el autor o inductor de la violencia.

4. Los hijos e hijas de víctimas mortales a consecuencia de cualquiera de las formas de violencia machista especificadas por esta ley, que sean menores de veintiséis años y que dependan económicamente en el momento de la muerte de la madre tienen derecho a la percepción, en un pago único, de una cuantía económica, en las condiciones y requisitos que se establezcan de forma reglamentaria.

Artículo 48. *Ayudas escolares.*

1. La administración educativa debe tener en cuenta las identificaciones de violencia machista efectuadas al amparo de esta ley como factor calificado para regular y establecer las ayudas destinadas a las unidades familiares o unidades de convivencia con escasos recursos económicos. A efectos de determinar los requisitos de necesidad económica, deben tenerse en cuenta únicamente las rentas o ingresos personales de que disponga la mujer solicitante.
2. La administración educativa debe prever la escolarización inmediata de los hijos e hijas en los supuestos de cambio de residencia derivado de actos de violencia.
3. Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de este derecho se identifican por cualquiera de los medios establecidos por el artículo 33.

Artículo 49. *Fondo de garantía de pensiones y prestaciones.*

1. El Gobierno debe constituir un fondo de garantía para cubrir el impago de pensiones alimenticias y compensatorias. Este fondo debe utilizarse si existe constatación judicial de incumplimiento del deber de satisfacer las pensiones y este incumplimiento conlleva una situación de precariedad económica, en los términos descritos por el artículo 4.1.d y de acuerdo con los límites y condiciones que se fijen por reglamento.
2. Las prestaciones establecidas por el presente artículo tienen carácter supletorio o, si procede, complementario de las que pueda reconocer el Estado con cargo al Fondo de garantía de pago de alimentos, con los límites y condiciones que se fijen por reglamento.

Artículo 50. *Derecho a obtener las prestaciones del Fondo de garantía de pensiones y prestaciones.*

1. Las personas que tienen reconocido judicialmente el derecho a percibir pensiones alimenticias y pensiones compensatorias tienen derecho a recibir del Fondo de garantía de pensiones y prestaciones la correspondiente prestación económica, siempre y cuando cumplan los criterios y requisitos que se fijen por reglamento.
2. En el caso de que las personas a que se refiere el apartado 1 sean menores de edad o estén incapacitadas, son titulares de este derecho las personas que las tengan a su cargo.
3. Para ser beneficiaria del Fondo, la persona titular de la pensión o la que la represente debe haber cursado la ejecución del correspondiente título judicial que reconozca el derecho a recibir la pensión establecida.

LEGISLACIÓN

4. El derecho de las personas beneficiarias del Fondo a percibir la prestación nace en el momento que se ha interpuesto una demanda ejecutiva de pago y no se ha podido cobrar, en el plazo que se establezca por reglamento, y siempre y cuando la causa del no cobro no sea imputable a la beneficiaria.

Artículo 51. *Compatibilidad de las prestaciones.*

Las prestaciones derivadas del Fondo de garantía de pensiones y prestaciones son compatibles con otras prestaciones que puedan otorgar las administraciones públicas de Cataluña, siempre y cuando el criterio que se haya tenido en cuenta para otorgar estas otras prestaciones no haya sido la falta de pago de las pensiones alimenticias o compensatorias.

Artículo 52. *Derecho de repetición.*

1. El Gobierno se reserva el derecho de repetición de las pensiones pagadas por el Fondo de garantía de pensiones y prestaciones contra las personas que han incumplido la resolución judicial de pago de la pensión. Las cantidades reclamadas por la Generalidad por este concepto tienen la consideración de ingresos públicos.

2. Sin perjuicio del derecho de repetición, las personas beneficiarias del Fondo de garantía de pensiones y prestaciones tienen la obligación de continuar los trámites del procedimiento de ejecución del título judicial que reconoce el derecho a percibir la pensión de alimentos y la pensión compensatoria. En el caso de que se obtenga el cobro de las pensiones impagadas, la beneficiaria del Fondo tiene la obligación de devolver las cantidades cobradas con cargo al Fondo.

Capítulo 4. La Red de Atención y Recuperación Integral para las mujeres en situaciones de violencia machista

Artículo 53. *Modelos de intervención y políticas públicas.*

1. El Gobierno debe desarrollar modelos de intervención integral en todo el territorio de Cataluña a través de una red de servicios de calidad en todos los ámbitos, que sea capaz de dar respuestas adecuadas, ágiles, próximas y coordinadas a las necesidades y procesos de las mujeres que sufren o han sufrido situaciones de violencia machista, así como a sus hijas e hijos cuando sean testigos y víctimas de dichas situaciones.

2. Los modelos de intervención deben incluir como elementos esenciales la información, la atención primaria y la atención especializada.

3. Los poderes públicos de Cataluña deben crear los servicios establecidos en este capítulo según las recomendaciones que, por población, determine la Unión Europea. Los servicios y recursos con relación a los cuales los organismos internacionales no hayan especificado ratios deben aplicarse por reglamento.

4. Las actuaciones de los poderes públicos en materia de los servicios de atención y recuperación integral para las muje-

res que sufren violencia machista deben tener como objetivos esenciales, en todo caso:

- a) Facilitar a las mujeres las herramientas necesarias para conocer los derechos que les corresponden y los servicios que tienen a su alcance.
- b) Reducir el impacto personal y comunitario de la violencia machista.
- c) Llevar a cabo la prevención y sensibilización social sobre las causas y consecuencias de la violencia machista.
- d) Profundizar en la investigación y el conocimiento de las causas y consecuencias de la violencia machista con una perspectiva multidisciplinaria.

Artículo 54. *Definición y estructura de la Red.*

1. La Red de Atención y Recuperación Integral para las mujeres que sufren violencia machista es el conjunto coordinado de recursos y servicios públicos de carácter gratuito para la atención, asistencia, protección, recuperación y reparación de las mujeres que han sufrido o sufren violencia machista, en el ámbito territorial de Cataluña, que están especificados en esta ley.

2. Integran la Red los siguientes servicios:

- a) Servicio de Atención Telefónica Especializada.
- b) Servicios de información y atención a las mujeres.
- c) Servicios de atención y acogimiento de urgencias.
- d) Servicios de acogida y recuperación.
- e) Servicios de acogida sustitutoria del hogar.
- f) Servicios de intervención especializada.
- g) Servicios técnicos de punto de encuentro.
- h) Servicios de atención a la víctima del delito.
- i) Servicios de atención policial.
- j) Otros servicios que considere necesarios el Gobierno.

3. La organización de los servicios a que se refiere el apartado 2 debe ser regulada mediante reglamento por el Gobierno o, si procede, por los municipios, y debe integrar a equipos multidisciplinarios y personal con formación específica.

Artículo 55. *Servicio de Atención Telefónica Especializada.*

1. El Servicio de Atención Telefónica Especializada es un servicio universal de orientación y asesoramiento inmediato que proporciona atención e información integrales sobre los recursos públicos y privados al alcance de todas las personas a las que es aplicable la presente ley.

2. El Servicio de Atención Telefónica Especializada debe funcionar las veinticuatro horas todos los días del año, y debe coordinarse con los servicios de emergencia en los casos necesarios. Concretamente, debe garantizar la plena coordinación, con eficacia, con el Servicio de Llamadas de Urgencia 112 Cataluña, de conformidad con lo establecido por el artículo 3.1.j de la Ley 9/2007, de 30 de julio, del Centro de Atención y Gestión de Llamadas de Urgencia 112 Cataluña.

Artículo 56. *Servicios de información y atención a las mujeres.*

1. Los servicios de información y atención a las mujeres son servicios de información, asesoramiento, primera atención

LEGISLACIÓN

y acompañamiento, si procede, con relación al ejercicio de los derechos de las mujeres en todos los ámbitos relacionados con su vida laboral, social, personal y familiar.

2. Los servicios de información y atención a las mujeres, en todo caso, deben coordinarse con los servicios de atención especializada y deben dinamizar e impulsar la coordinación y colaboración con todos los agentes comunitarios, especialmente con los grupos y organizaciones de mujeres.
3. Los servicios de información y atención a las mujeres se destinan a todas las mujeres, especialmente las que sufren situaciones de violencia machista.

Artículo 57. *Servicios de atención y acogimiento de urgencias.*

1. Los servicios de atención y acogimiento de urgencias son servicios especializados que deben facilitar acogimiento temporal, de corta duración, a las mujeres que están sometidas o han sido sometidas a situaciones de violencia machista y, en su caso, a sus hijas e hijos, para garantizar su seguridad personal. Asimismo, deben facilitar recursos personales y sociales que permitan una resolución de la situación de crisis.
2. Los servicios de atención y acogimiento de urgencias deben prestar servicio las veinticuatro horas todos los días del año. La estancia en estos servicios debe tener la duración mínima indispensable para activar recursos estables, que en cualquier caso no puede ser superior a los quince días.
3. Los servicios de atención y acogimiento de urgencias se destinan, en todo caso, a las mujeres que sufren cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja, el ámbito familiar o el ámbito social o comunitario en la manifestación de agresiones sexuales, de tráfico y explotación sexual, de mutilación genital femenina o riesgo de sufrirla y de matrimonio forzoso.

Artículo 58. *Servicios de acogida y recuperación.*

1. Los servicios de acogida y recuperación son servicios especializados, residenciales y temporales, que ofrecen acogimiento y atención integral para posibilitar el proceso de recuperación y reparación a las mujeres y a sus hijas e hijos dependientes, que requieren un espacio de protección debido a la situación de riesgo motivada por la violencia machista, velando por su autonomía.
2. Los servicios de acogida y recuperación se destinan, en todo caso, a las mujeres que se hallan en cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja, el ámbito familiar o el ámbito social o comunitario, en forma de mutilación genital femenina o riesgo de sufrirla, o de matrimonio forzoso.
3. El Gobierno debe garantizar el acceso a una plaza de los servicios a que se refiere el presente artículo para todas las mujeres y sus hijos e hijas que acrediten ser víctimas de violencia machista y que así lo requieran.

Artículo 59. *Servicios de acogida sustitutoria del hogar.*

1. Los servicios de acogida sustitutoria del hogar son servicios temporales que actúan como sustitución del hogar y

deben contar con apoyo personal, psicológico, médico, social, jurídico y de ocio, llevado a cabo por profesionales especializados, para facilitar la plena integración sociolaboral de las mujeres que sufren situaciones de violencia.

2. Los servicios de acogida sustitutoria del hogar se destinan, en todo caso, a las mujeres que se hallan en cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja, el ámbito familiar o el ámbito social o comunitario en forma de mutilación genital femenina o riesgo de padecerla, o de matrimonio forzoso.

3. El Gobierno, con la finalidad establecida por este artículo, debe garantizar el acceso a una plaza de los servicios a que se refiere el presente artículo para todas las mujeres con sus hijos e hijas que acrediten ser víctimas de violencia machista y que lo requieran.

Artículo 60. *Servicios de intervención especializada.*

Los servicios de intervención especializada son servicios especializados que ofrecen atención integral y recursos en el proceso de recuperación y reparación a las mujeres que han sufrido o sufren situación de violencia, así como a sus hijas e hijos. Asimismo, dichos servicios deben incidir en la prevención, sensibilización e implicación comunitaria.

Artículo 61. *Servicios técnicos de punto de encuentro.*

1. Los servicios técnicos de punto de encuentro son servicios destinados a atender y prevenir, en un lugar neutral y transitorio, en presencia de personal cualificado, la problemática que surge en los procesos de conflictividad familiar y, en concreto, en el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos e hijas establecido para los supuestos de separación o divorcio de los progenitores o para los supuestos de ejercicio de la tutela por la Administración pública, con la finalidad de asegurar la protección de menores de edad.
2. Las personas profesionales que trabajan en un servicio técnico de punto de encuentro no deben aplicar técnicas de mediación en los supuestos en que quede acreditada cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja o familiar.

Artículo 62. *Servicios de atención a la víctima del delito.*

Los servicios de atención a la víctima del delito tienen como finalidad, entre otras, ofrecer a las mujeres información y apoyo en los procedimientos legales que se derivan del ejercicio de los derechos que les reconoce la legislación vigente.

Artículo 63. *Servicios de atención policial.*

Los servicios de atención policial son los recursos especializados de la Policía de la Generalidad que tienen como finalidad garantizar el derecho de las mujeres que se hallan en situaciones de violencia machista, así como a sus hijos e hijas dependientes, a la atención especializada, la protección y la seguridad ante la violencia machista.

Artículo 64. *Creación y gestión de los servicios de la Red de Atención y Recuperación Integral.*

1. Corresponde a la Administración de la Generalidad la creación, titularidad, competencia, programación, presta-

LEGISLACIÓN

ción y gestión de todos los servicios detallados por el artículo 54, en colaboración con los entes locales, excepto los servicios de información y atención a las mujeres. Los criterios básicos de programación general de los servicios de la Red son el análisis de las necesidades y la demanda social de prestaciones, los objetivos de cobertura y la implantación de los servicios y la ordenación y distribución territorial y equitativa de los recursos disponibles. El procedimiento para elaborar la programación debe garantizar la participación de las administraciones competentes, de los órganos consultivos de la Generalidad y de los órganos de participación que establece esta ley.

2. Los municipios tienen la competencia para crear, programar, prestar y gestionar los servicios de información y atención a las mujeres. También pueden prestar y gestionar los servicios de la competencia de la Generalidad de acuerdo con los instrumentos y en los términos que establece el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril. Los municipios deben establecer por reglamento la distribución territorial, el régimen de prestación, la organización y la dotación de estos servicios.

3. Los servicios que integran la Red pueden prestarse de forma indirecta, de acuerdo con lo establecido por la legislación de contratos del sector público, bajo la inspección, el control y el registro de la Administración de la Generalidad. A tal efecto, debe crearse y regular por reglamento el registro de los servicios de la Red y las entidades colaboradoras.

4. Cualquier entidad que asuma la prestación de un servicio integrado en la Red debe asumir el compromiso de no discriminación, permanencia, profesionalización e inclusión de cláusulas contra el acoso sexual, así como la concreción de un protocolo de intervención en caso de acoso.

5. La Administración de la Generalidad debe establecer medidas de apoyo y cuidado para las personas profesionales en ejercicio que traten situaciones de violencia, para prevenir y evitar los procesos de agotamiento, confusión y desgaste profesional.

6. Lo que establece este artículo debe entenderse sin perjuicio de lo que dispone la Carta municipal de Barcelona.

Capítulo 5. Acciones de los poderes públicos en situaciones específicas

Artículo 65. Medidas para facilitar la detección de la violencia machista.

El Gobierno debe promover medidas eficaces para eliminar las barreras que dificultan la detección de la violencia machista en situaciones específicas y que pueden impedir el acceso a los servicios y las prestaciones que establece esta ley.

Artículo 66. Inmigración.

El Gobierno debe promover las actuaciones necesarias con las entidades consulares, las embajadas, las oficinas diplo-

máticas y cualquier otra entidad, a fin de obtener o facilitar documentación acreditativa de las circunstancias personales y familiares de las mujeres inmigrantes, así como la legislación del país de origen.

Artículo 67. Prostitución.

1. El Gobierno debe garantizar el derecho de acceso a los servicios y los recursos de las mujeres que ejercen la prostitución, mediante programas específicos, tanto para la prevención como para la erradicación de las distintas formas de violencia machista.

2. El Gobierno debe desarrollar las estructuras y los mecanismos adecuados para acoger y atender a las mujeres afectadas por tráfico y explotación sexual.

Artículo 68. Mundo rural.

Los servicios de atención, asistencia y protección que esta ley establece en el título III deben facilitar el acceso de las mujeres provenientes del mundo rural y de zonas de difícil acceso a centros alejados de sus lugares de origen y residencia, para garantizar el anonimato de estas mujeres.

Artículo 69. Vejez.

El Gobierno debe promover estrategias eficaces de sensibilización destinadas al colectivo de mujeres mayores, para que conozcan los recursos y las estrategias para hacer frente a las violencias contra las mujeres y les permitan adoptar posiciones activas ante estas situaciones.

Artículo 70. Transexualidad.

1. Todas las medidas y el reconocimiento de derechos que esta ley señala deben respetar la diversidad transexual.

2. Las transexuales que sufren violencia machista se equiparan a las mujeres que han sufrido esta violencia, a efectos de los derechos establecidos por esta ley, siempre y cuando se les haya diagnosticado disforia de sexo, acreditada mediante informe médico o psicológico elaborado por una persona profesional colegiada, o se hayan tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las que corresponden al sexo reclamado, acreditado por un informe médico elaborado por persona colegiada bajo cuya dirección se haya efectuado el tratamiento.

Artículo 71. Discapacidad.

1. El Gobierno debe garantizar que el ejercicio de los derechos y el acceso a los recursos y servicios regulados en este título no se vean obstaculizados o impedidos por la existencia de barreras que impidan la accesibilidad y garanticen la seguridad del entorno en el acceso.

2. Las mujeres con un grado de discapacidad igual o superior al 33% y que sufren violencia machista tienen derecho a una mejora económica o temporal de los derechos económicos establecidos en este título, de acuerdo con los requisitos y las condiciones que se establezcan por reglamento para facilitar su proceso de recuperación y reparación.

Artículo 72. Virus de la inmunodeficiencia humana.

Los derechos establecidos por el artículo 71 se hacen extensivos a las mujeres seropositivas al virus de la inmunodeficiencia.

LEGISLACIÓN

ciencia humana que sufren violencia machista.

Artículo 73. Etnia gitana.

El Gobierno debe diseñar estrategias específicas de sensibilización dirigidas a las mujeres de etnia gitana, pensadas y consensuadas con las asociaciones de mujeres gitanas, para que conozcan los recursos y las estrategias para hacer frente a la presión social o legitimación cultural respecto a las violencias contra las mujeres y les permitan adoptar posiciones activas ante esta situación.

Artículo 74. Centros de ejecución penal.

1. Las mujeres que cumplen penas o medidas penales en centros de ejecución penal, tanto para personas adultas como para menores de edad, tienen el derecho de acceso a los recursos y servicios establecidos en el título III, siempre y cuando la prestación sea compatible con esta situación.

2. El Gobierno debe dotar los equipos de intervención en ejecución penal de personal especializado en materia de violencia machista, en concreto, en las vertientes psicológica, jurídica y sociolaboral. Estos equipos especializados deben cumplir las siguientes funciones:

- a) Detección de la situación de violencia que la mujer ha sufrido o está sufriendo.
- b) Constatación de esta situación de violencia en el expediente penitenciario de la mujer.
- c) Elaboración de un tratamiento penitenciario adecuado en colaboración con la Red.

3. El Gobierno debe garantizar a las personas transexuales unos espacios que sean adecuados para preservar sus derechos.

Artículo 75. Mutilaciones genitales femeninas.

El Gobierno, además de observar la legislación vigente, debe adoptar las medidas necesarias para:

- a) Promover la mediación comunitaria en las familias si existe riesgo de mutilaciones genitales. En estos casos debe procurarse que en la negociación participen personas expertas, así como personas de las comunidades afectadas por estas prácticas, y asegurar la actuación de agentes sociales de atención primaria.
- b) Garantizar medidas específicas para prevenir y erradicar las mutilaciones genitales femeninas, impulsando actuaciones de promoción de las mujeres de los países donde se efectúan dichas prácticas y formando a las personas profesionales que deban intervenir.
- c) Actuar en el ámbito de la cooperación internacional en el sentido de trabajar desde los países de origen para erradicar dichas prácticas.
- d) Contar con mecanismos sanitarios de intervención quirúrgica para poder hacer frente a la demanda de las mujeres que quieran revertir los efectos de la mutilación practicada, así como mecanismos de apoyo psicológico, familiar y comunitario. En los casos de riesgo para la salud de las menores de edad, el personal profesional debe poder contar con mecanismos que les posibilite la realización de la intervención quirúrgica.

Título IV. De las competencias, la organización y la intervención integral contra la violencia machista

Capítulo I. Disposiciones generales sobre el régimen competencial

Artículo 76. Responsabilidades públicas.

1. La Administración de la Generalidad y los municipios de Cataluña son las administraciones públicas competentes en materia de los servicios de la Red de Atención y Recuperación Integral, así como de las prestaciones establecidas por esta ley, de acuerdo con lo que determina este título y, si procede, la legislación sobre organización territorial y régimen local.

2. Sin perjuicio de las competencias que de acuerdo con la ley les corresponden, los municipios también pueden ejercer competencias propias de la Administración de la Generalidad por vía de delegación o fórmulas de gestión conjunta.

Artículo 77. Coordinación y colaboración interadministrativas.

1. Las administraciones públicas competentes, entre otros, deben coordinar:

- a) Las políticas públicas en materia de lucha contra la violencia machista.
- b) Las políticas públicas en materia de violencia machista con las políticas de educación, salud, empleo, investigación y medios de comunicación, así como cualquier otra política implicada en la lucha contra esta violencia.
- c) Los recursos de atención, asistencia, protección, recuperación y reparación con los órganos jurisdiccionales y las fuerzas y cuerpos de seguridad.
- d) Los recursos de atención e información de carácter municipal con los centros de intervención especializada dependientes de la Generalidad.
- e) Los recursos regulados por esta ley con los recursos de las administraciones públicas de Cataluña competentes para prestar servicios de educación, trabajo, salud, servicios sociales y otros implicados en la lucha contra la violencia machista.

2. Las administraciones públicas de Cataluña deben colaborar en el ejercicio de las competencias respectivas para garantizar el ejercicio de los derechos que esta ley reconoce.

Artículo 78. Cesión de datos.

Las administraciones públicas competentes deben cederse mutuamente los datos de carácter personal necesarios, con el fin de poder gestionar de forma adecuada los servicios de la Red de Atención y Recuperación Integral y las prestaciones económicas establecidas por esta ley, así como otros que se establezcan por ley, relacionados con la violencia machista. A tal efecto debe crearse un fichero específico, que debe ser regulado por reglamento.

Capítulo 2. Competencias de las administraciones públicas

Artículo 79. Competencias del Gobierno.

LEGISLACIÓN

Corresponde al Gobierno:

- a) Definir la política general para luchar contra la violencia machista y erradicarla, y aprobar los instrumentos de planificación correspondientes, así como la creación de los servicios de la Red de Atención y Recuperación Integral, sin perjuicio de las competencias de los municipios.
- b) Ordenar todas las actuaciones en materia de prevención, detección, atención, asistencia, protección, recuperación y reparación de las mujeres que sufren violencia machista, así como de los recursos que las integran.
- c) Fijar la forma y el procedimiento para otorgar las prestaciones económicas y las prestaciones de servicios y demás recursos que establece esta ley.
- d) Regular la capacitación del personal implicado en la lucha contra la violencia machista para erradicarla y, en concreto, la del personal que debe gestionar, si procede, los recursos que esta ley establece.
- e) Velar por la coordinación con la Administración del Estado e impulsar las fórmulas de colaboración, cooperación e información mutua necesarias para garantizar los derechos que establece esta ley.
- f) Impulsar la colaboración y la cooperación con las demás comunidades autónomas para garantizar los derechos establecidos por esta ley.
- g) Cumplir todas las demás funciones que le atribuyen expresamente esta ley y otras leyes de la misma materia.

Artículo 80. *Instituto Catalán de las Mujeres.*

1. El Instituto Catalán de las Mujeres, además de cumplir todas las funciones que tiene atribuidas por la legislación vigente, es el instrumento vertebrador para luchar contra la violencia machista.
2. Son funciones del Instituto Catalán de las Mujeres en lo que concierne al objeto de esta ley:
 - a) Impulsar y coordinar las políticas contra la violencia machista que debe aprobar el Gobierno de la Generalidad.
 - b) Diseñar e impulsar las políticas contra la violencia machista en colaboración con las administraciones locales, los agentes sociales, las entidades expertas y las asociaciones de mujeres que trabajan en este ámbito.
 - c) Velar por la adecuación de los planes y programas llevados a cabo por las diferentes administraciones públicas de Cataluña respecto a los programas del Gobierno de la Generalidad en materia de violencia machista.
 - d) Coordinar y garantizar el trabajo transversal en todos los ámbitos.
 - e) Impulsar la elaboración y la firma de convenios de colaboración y acuerdos entre las administraciones y las entidades implicadas en la lucha contra la violencia machista para su erradicación.
 - f) Proponer la programación, prestación, gestión y coordinación de los servicios que integran la Red, en colaboración con los ayuntamientos, salvo los servicios de información y atención a las mujeres, que son competencia de los entes locales en los términos especificados por esta ley.

Artículo 81. *Centro de Estudios, Investigación y Capacitación sobre Violencia Machista.*

1. Se crea el Centro de Estudios, Investigación y Capacitación sobre Violencia Machista, como órgano dependiente del Instituto Catalán de las Mujeres, que se configura como herramienta permanente de estudios e investigación sobre la violencia machista, y de formación y capacitación del personal profesional en contacto con el tratamiento de dicho tipo de violencia.
2. Deben establecerse por reglamento la composición, el funcionamiento, las competencias y la coordinación del Centro de Estudios, Investigación y Capacitación sobre Violencia Machista con otros órganos y administraciones.

Artículo 82. *Comisión Nacional para una Intervención Coordinada contra la Violencia Machista.*

1. Se crea la Comisión Nacional para una Intervención Coordinada contra la Violencia Machista, dependiente del Instituto Catalán de las Mujeres, como órgano específico de coordinación institucional para impulsar, seguir, controlar y evaluar las actuaciones en el abordaje de la violencia machista, sin perjuicio de las competencias de impulso, seguimiento y control de los departamentos de la Generalidad.
2. Deben establecerse por reglamento la composición, funcionamiento, competencias y coordinación de la Comisión Nacional para una Intervención Coordinada contra la Violencia Machista con otros órganos.

Artículo 83. *Competencias de los municipios.*

1. Corresponde a los municipios:
 - a) Programar, prestar y gestionar los servicios de información y atención a las mujeres y efectuar la derivación a los diferentes servicios en los términos especificados por esta ley.
 - b) Prestar o gestionar otros servicios de la Red de Atención y Recuperación Integral, de acuerdo con lo que se establezca mediante un convenio con la Administración de la Generalidad.
 - c) Colaborar en la gestión de las prestaciones económicas y las subvenciones que esta ley establece.
 - d) Cumplir todas las demás funciones establecidas por esta ley que, en razón de las competencias respectivas, les corresponda asumir con relación a las mujeres que sufren o han sufrido violencia machista.
 - e) Cumplir las demás competencias atribuidas por disposición legal.
2. Los municipios con una población inferior a 20.000 habitantes pueden delegar sus competencias a una mancomunidad de municipios u otros entes locales.

Capítulo 3. Intervención integral contra la violencia machista

Artículo 84. *Los programas de intervención integral contra la violencia machista.*

LEGISLACIÓN

1. Los programas de intervención integral contra la violencia machista se configuran como los instrumentos de planificación que debe aprobar el Gobierno con una vigencia de cuatro años, previa elaboración por el Instituto Catalán de las Mujeres, junto con los departamentos competentes en cada caso. Estos instrumentos recogen el conjunto de objetivos y medidas para erradicar la violencia machista y también establecen, de forma coordinada, global y participativa, las líneas de intervención y las directrices que deben orientar la actividad de los poderes públicos.

2. Los programas a que se refiere el apartado 1 deben establecer medidas que impliquen otros ámbitos administrativos, entes locales, agentes sociales, entidades de mujeres y profesionales.

3. Los programas de intervención integral contra la violencia machista también deben establecer estrategias de coordinación y cooperación, así como de investigación y conocimiento de la realidad, y deben incorporar obligatoriamente una memoria económica.

4. Para la elaboración, el seguimiento y la evaluación de los programas de intervención integral, el Instituto Catalán de las Mujeres debe establecer los mecanismos necesarios para garantizar la participación de los entes locales, las entidades de mujeres, los agentes sociales, así como las personas y entidades expertas en materia de violencia machista.

Artículo 85. *Protocolos para una intervención coordinada contra la violencia machista.*

1. Los protocolos para una intervención coordinada contra la violencia machista deben incluir un conjunto de medidas y mecanismos de apoyo, coordinación y cooperación destinados a las instituciones públicas y demás agentes implicados, que definen las formalidades y la sucesión de actos que deben seguirse para ejecutarlos correctamente.

2. Los objetivos de los protocolos para una intervención coordinada contra la violencia machista deben:

- a) Garantizar la atención coordinada de los diferentes departamentos de la Generalidad, entes locales y agentes sociales y de los servicios que dependen de la misma, y delimitar los ámbitos de actuación que pueden intervenir en las diferentes situaciones de violencia machista.
- b) Establecer los mecanismos de coordinación y cooperación que permitan una transmisión de información continuada y fluida entre los organismos implicados.
- c) Aplicar metodologías de intervención que eviten la revictimización de las mujeres afectadas.
- d) Garantizar los recursos necesarios para la ejecución y la continuidad del protocolo.
- e) Diseñar circuitos de atención adecuados a las diferentes situaciones de violencia y las necesidades concretas derivadas de estas situaciones.
- f) Establecer un modelo único y consensuado de recogida de datos para garantizar el conocimiento de la realidad.

3. Los protocolos deben establecer la participación de los ámbitos directamente relacionados con el tratamiento de la

violencia machista, como las entidades y las asociaciones de mujeres que trabajan en los diferentes territorios a partir de un modelo de intervención compatible con lo establecido por esta ley.

4. La elaboración de los protocolos debe ser impulsada por el Instituto Catalán de las Mujeres en cada uno de los ámbitos territoriales de las delegaciones del Gobierno de la Generalidad o, si procede, y el Gobierno así lo determina, en los ámbitos de estructura territorial que puedan establecerse por ley.

5. Los protocolos deben establecer la concreción y el procedimiento de las actuaciones, así como de las responsabilidades de los sectores implicados en el tratamiento de la violencia machista, con el objeto de garantizar la prevención, la atención eficaz y personalizada y la recuperación de las mujeres que se hallan en situación de riesgo o que son víctimas de la violencia machista.

Artículo 86. *Participación y fomento de los entes locales.*

1. La Administración de la Generalidad, en sus políticas de erradicación de la violencia machista, debe contar con la participación de los entes locales.

2. Los programas y las actuaciones que se deriven de la aplicación de esta ley deben establecer medidas de fomento de los entes locales para desarrollar programas y actividades encaminados a erradicar la violencia machista o a paliar sus efectos.

Artículo 87. *Participación y fomento de los consejos y las asociaciones de mujeres.*

1. Las administraciones públicas, en las políticas de erradicación de la violencia machista, deben contar preferentemente con la colaboración de los consejos de participación de mujeres, así como con otras entidades de mujeres constituidas o que formen parte de una agrupación sindical o empresarial, respecto a las correspondientes políticas institucionales.

2. Los programas y las actuaciones que se deriven de la aplicación de esta ley deben establecer medidas de fomento de las entidades a que se refiere el apartado 1 para llevar a cabo programas y actividades encaminadas a erradicar la violencia machista o a paliar sus efectos.

Disposición adicional primera. *Recursos económicos.*

1. La Administración de la Generalidad tiene la responsabilidad de garantizar los recursos necesarios para dar un cumplimiento adecuado a la ordenación y la provisión de las acciones y los servicios que establece esta ley.

2. La Generalidad debe consignar en sus presupuestos los créditos necesarios para la financiación de todas las prestaciones garantizadas, las prestaciones de servicios, los recursos, los programas, los proyectos y demás actuaciones recogidas en la Ley, de acuerdo con las competencias atribuidas por la misma.

3. El Gobierno debe dotar a los entes locales de un fondo económico específico anual, para garantizar la suficiencia de la prestación de los servicios de información y atención

LEGISLACIÓN

a las mujeres, de acuerdo con los términos especificados por esta ley. La distribución de dicho fondo entre los entes locales debe efectuarse de acuerdo con criterios objetivos, que deben acordarse bianualmente con las entidades interesadas y que deben basarse en el número de habitantes, el principio de equilibrio territorial y el de capacidad presupuestaria, y deben tener en cuenta las características de la población y las necesidades de las mujeres, para obtener la efectividad de los derechos que esta ley establece, sin perjuicio de que los municipios y las demás entidades locales consignen en sus presupuestos las dotaciones necesarias para la financiación de los servicios de la respectiva competencia.

4. La Administración de la Generalidad debe financiar el coste de la prestación de los servicios de información y atención a las mujeres pertenecientes a municipios con una población inferior a 20.000 habitantes, sin perjuicio de otras formas de financiación mixta con implicación de los presupuestos públicos, con el fondo económico específico establecido por el apartado 3.

5. El Gobierno puede impulsar, de acuerdo con el artículo 83.1.b, convenios de colaboración con la Administración local para reformular la gestión de los servicios especializados en violencia machista ya existentes antes de la aprobación de esta ley, en función de las competencias y las características de los servicios que se establecen en la misma.

Disposición adicional segunda. *Revisión de los currículos educativos.*

El departamento competente en materia educativa debe realizar una revisión de los currículos educativos con el objetivo de detectar contenidos sexistas o que favorezcan la discriminación sexual, la vulneración de los derechos de las mujeres y la violencia machista.

Disposición adicional tercera. *Modificación del Decreto legislativo 1/1997, en materia de función pública.*

Se añade una nueva letra, la u, al artículo 116 del texto único de la Ley de la función pública de la Administración de la Generalidad, aprobado por el Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, con el siguiente texto:

«u) La realización de actos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, tipificados por el artículo 5.tercero de la Ley del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, y de actos que puedan comportar acoso por razón de sexo o acoso sexual y que no sean constitutivos de falta muy grave.»

Disposición adicional cuarta. *Modificación de la Ley 10/1997, de la renta mínima de inserción.*

Se modifica la letra e del artículo 6.1 de la Ley 10/1997, de 3 de julio, de la renta mínima de inserción, que queda redactada del siguiente modo:

«e) En el caso de las mujeres que sufren violencia machista o que superan una situación de violencia machista y que cumplan los requisitos exigidos por esta ley, únicamente deben tenerse en cuenta las rentas o ingresos de que dis-

ponga o pueda disponer la mujer solicitante, y no se computan en estos casos las rentas o ingresos de otros miembros de la unidad familiar que convivan con la misma.»

Disposición adicional quinta. *Modificación de la Ley 18/2003, de apoyo a las familias.*

Se modifica el artículo 44.1 de la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, que queda redactado del siguiente modo:

«1. El Gobierno debe constituir un fondo de garantía para cubrir el impago de pensiones alimenticias y el impago de pensiones compensatorias. Este fondo debe utilizarse cuando exista constatación judicial de incumplimiento del deber de satisfacerlas y este incumplimiento conlleve una situación de precariedad económica, de acuerdo con los límites y las condiciones que se fijen por reglamento.»

Disposición adicional sexta. *Modificación de la Ley 22/2005, de la comunicación audiovisual de Cataluña.*

Se modifica la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña, del siguiente modo:

a) Se añade una nueva letra, la f, al artículo 132, infracciones muy graves, con el siguiente texto:

«f) La difusión y realización de contenidos o de publicidad que inciten a la violencia machista o la justifiquen o banalicen.»

b) Se añade un segundo párrafo al artículo 9, con el siguiente texto:

«Estos servicios también deben respetar los deberes impuestos en este ámbito por la Ley del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.»

Disposición adicional séptima. *Modificación del Decreto legislativo 3/2002, de finanzas públicas de Cataluña.*

1. Se añade un nuevo apartado, el 7, al artículo 92 del texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, con el siguiente texto:

«7. Las bases reguladoras de las subvenciones que tengan como beneficiarias a empresas con una plantilla igual o superior a veinticinco personas deben incluir la obligación de estas empresas, de acuerdo con los agentes sociales, de indicar los medios que utilizan para prevenir y detectar casos de acoso sexual y de acoso por razón de sexo e intervenir en sus centros de trabajo.»

2. Se añade una nueva letra, la f, al artículo 99.1 del texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, con el siguiente texto:

«La no inclusión o la utilización indebida de los medios indicados por el artículo 92.7.»

Disposición adicional octava. *Modificación de la Ley 1/2001, de mediación familiar de Cataluña.*

Se añade un nuevo artículo, el 22 bis, a la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, con el siguiente texto:

«Artículo 22 bis. Límite a la mediación.

Debe interrumpirse o, si procede, no debe iniciarse cual-

LEGISLACIÓN

quier proceso de mediación de pareja o familiar en que esté implicada una mujer que haya sufrido o sufra violencia física, psíquica o sexual en la relación de pareja.»

Disposición adicional novena. *Modificación de la Ley 11/1989, de creación del Instituto Catalán de las Mujeres.*

1. Se modifican los artículos 4 y 5 de la Ley 11/1989, de 10 de julio, de creación del Instituto Catalán de las Mujeres, modificados por la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas, que quedan redactados del siguiente modo:

«Artículo 4.

El Instituto Catalán de las Mujeres se rige por los siguientes órganos:

- a) La Junta de Gobierno.
- b) La Dirección Ejecutiva.»

2. Se modifica el artículo 5 de la Ley 11/1989, que queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 5.

1. La composición de la Junta de Gobierno se determina por reglamento. La Dirección Ejecutiva con rango de dirección general es miembro de la Junta de Gobierno y es nombrada por el Gobierno.

2. Las personas que son miembros de la Junta de Gobierno deben haberse significado por su tarea en favor de la igualdad y la promoción de las mujeres.»

Disposición adicional décima. *Administración penitenciaria.*
El Gobierno ha de establecer los mecanismos necesarios para que en la concesión de cualquier beneficio penitenciario se emita previamente un informe de la Administración penitenciaria sobre la situación de la víctima.

Disposición adicional undécima. *Información anual del Programa de intervención integral contra la violencia machista.*

El Gobierno debe comparecer anualmente ante el Parlamento para informar de la ejecución del Programa de intervención integral contra la violencia machista.

Disposición transitoria primera. *Impacto social de la Ley.*

En el plazo de tres años desde la entrada en vigor de esta ley, el departamento competente en materia de políticas de mujeres, mediante el Instituto Catalán de las Mujeres, debe encargar una evaluación del impacto social de la Ley. En esta evaluación deben participar el Consejo Nacional de Mujeres de Cataluña y personas profesionales expertas en la materia.

Disposición transitoria segunda. *Actualización de la Red de Atención y Recuperación integral.*

El Gobierno de la Generalidad puede actualizar la Red de Atención y Recuperación Integral para las mujeres que sufren violencia machista, con una frecuencia bienal, los primeros seis años después de la aprobación de esta ley, con la finalidad de adecuarla con la rapidez y flexibilidad máximas a las necesidades de la población de Cataluña, de acuerdo con lo que establezcan las correspondientes leyes de presupuestos.

Disposición transitoria tercera. *Aplicación del Fondo de garantía de pensiones y prestaciones.*

Mientras no se apruebe el desarrollo reglamentario de la presente ley, el Gobierno de la Generalidad, durante el año 2008, debe efectuar la diagnosis y la valoración de las necesidades, los recursos y los servicios necesarios para aplicar el Fondo de garantía de pensiones y prestaciones, establecido por el artículo 49. La dotación del Fondo debe llevarse a cabo de conformidad con lo que dispongan las respectivas leyes de presupuestos de la Generalidad.

Disposición transitoria cuarta. *Aprobación de los modelos de intervención integral.*

El Gobierno ha de aprobar, en el plazo de un año, los modelos de intervención integral y los servicios establecidos por los artículos 53.1 y 3.

Disposición transitoria quinta. *Aprobación del Programa de intervención integral.*

El Gobierno ha de aprobar durante el año 2008 el programa de intervención integral contra la violencia machista 2008-2011, establecido por el artículo 80, que debe incorporar las actuaciones fijadas por los artículos 43, 65, 66 y 67 y la disposición adicional segunda.

Disposición transitoria sexta. *Derecho transitorio.*

Mientras no se efectúe el desarrollo reglamentario de los recursos y servicios que integran la Red, establecidos por el artículo 54, deben aplicarse las normas dictadas en desarrollo y ejecución de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, con relación a las medidas de desarrollo de la Cartera de servicios sociales.

Disposición derogatoria.

Quedan derogadas todas las normas de rango igual o inferior al de la presente ley que se opongan o la contradigan.

Disposición final primera. *Habilitación reglamentaria.*

Se autoriza al Gobierno, en el ámbito de sus competencias, para dictar las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente ley.

Disposición final segunda. *Normativa supletoria.*

En todo aquello no regulado expresamente por la presente ley en materia de servicios, debe aplicarse con carácter supletorio la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, y sus normas de desarrollo, así como la legislación aplicable en cada administración pública competente.

Disposición final tercera. *Regulación del Fondo de garantía de pensiones y prestaciones.*

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno debe desarrollar y regular el Fondo de garantía de pensiones y prestaciones para cubrir el impago de pensiones alimenticias y el impago de pensiones y prestaciones compensatorias, con carácter supletorio o, si procede, complementario, del Fondo de garantía de pago de alimentos, a cargo del Estado, para que ya sea ejecutivo en el plazo de un año después de la entrada en vigor de la presente ley.

LEGISLACIÓN

Disposición final cuarta. *Previsiones presupuestarias.*

El Gobierno ha de efectuar las provisiones presupuestarias necesarias para poder atender las prestaciones económicas y las prestaciones de servicios reconocidas por la presente ley.

Disposición final quinta. *Entrada en vigor.*

La presente ley entra en vigor al día siguiente de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

COMENTARIO A LA LEY 5/2008, DE 24 DE ABRIL, DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA, DEL DERECHO DE LAS MUJERES A ERRADICAR LA VIOLENCIA MACHISTA

La Ley 5/2008, de 24 de abril, del Parlamento de Cataluña, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, es ya una ley de desarrollo de algunos derechos reconocidos en su nuevo Estatuto de Autonomía. El Preámbulo de la Ley recoge estos artículos del Estatuto dedicados a los derechos de las mujeres: el art. 19, que reconoce el derecho de las mujeres al desarrollo de su libre personalidad, a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, maltrato y discriminación; el art. 41.3 que obliga a los poderes públicos a hacer frente a la violencia machista, y el art. 153 que aborda las políticas de género.

Anclada en esas normas estatutarias, la ley atiende a la regulación de todos estos problemas relacionados con la violencia de género.

En su título I define lo que ha de entenderse por violencia machista y sus manifestaciones, de manera notoriamente más exhaustiva de lo que lo han hecho hasta ahora las diferentes regulaciones estatales o autonómicas en la materia. Así, la violencia puntual, que es definida dentro del ámbito de la violencia machista, o la violencia económica que es considerada como aquella que se genera con la privación de recursos para el bienestar de las mujeres en el ámbito de la pareja, o la violencia derivada de conflictos armados o contra los derechos reproductivos de las mujeres.

La ley sigue la estructura temática que es usual en las leyes integrales de igualdad, (sensibilización, investigación, educación, medios de comunicación, sanidad), pero innova importantes aspectos en estos temas, que no han sido tratados en las anteriores regulaciones estatales o autonómicas. También contiene un amplio capítulo de derechos de atención y reparación de las situaciones de violencia machista. La propia denominación de “violencia machista”, ha huido de la terminología de la ley estatal, para afrontar semánticamente sin paliativos, la realidad de la violencia de los hombres sobre las mujeres.

camente sin paliativos, la realidad de la violencia de los hombres sobre las mujeres.

Contiene la ley catalana un catálogo exhaustivo de medios de identificación de la violencia al objeto de solicitar las prestaciones derivadas de esa situación. Desde la sentencia, aún pendiente de firmeza, hasta cualquier documento que de manera provisional induzca a considerar que se está ante una situación de violencia. Es importante esta ampliación de posibilidades de acreditación de la violencia, ante la perentoriedad con que se suele necesitar el auxilio de los poderes públicos en éstas situaciones. Así, se considera suficiente cualquier medida cautelar, desde una mera orden de alejamiento, hasta cualquier informe médico o psicológico de asistencia, el atestado, o el informe del Instituto catalán de las Mujeres. Queda además abierto el precepto a “cualquier otro medio establecido por disposición legal”.

Las medidas de protección se relacionan con todos los derechos de prestación propios de un estado Social: residencias públicas, viviendas, adaptación funcional de un hogar, formación, empleo, atención jurídica, personación en procedimientos judiciales, renta, indemnizaciones y ayudas escolares.

Algunas de estas medidas coinciden con las previstas en la ley estatal. Otras, como la adaptación del hogar son nuevas, y algunas de las reconocidas en la legislación estatal, se amplían aquí considerablemente, como la personación de la Administración, que se extiende a supuestos distintos de los previstos en la LO 1/2004.

Otra novedad de la ley la constituye la enumeración concreta de algunos colectivos. Se detalla la situación especial de las mujeres inmigrantes, prostitutas, rurales, mayores, transexuales, discapacitadas, inmunodeficientes, gitanas, y presas.

Es importante analizar finalmente la creación de algunas instituciones que evalúen y coordinen institucionalmente la efectividad de la ley. En tal sentido la Comisión Nacional para la intervención coordinada contra la violencia machista, es el organismo que se encargará de estas funciones. Igualmente, el Centro de estudios, investigación y capacitación sobre violencia machista, dependiente del Instituto Catalán de las Mujeres, a cuyo cargo correrán la formación del personal que haya de relacionarse con este tipo de violencia, lo que va a permitir la formación e investigación permanente de estudios de género en relación con la violencia. (María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía).

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN¹¹

UNIÓN EUROPEA

- Reglamento (CE) N° 763/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, relativo a los censos de población y vivienda¹². Anexo, 1.1.1; 1.2.1.
- Reglamento (CE) N° 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS)¹³. Artículos 7.2, 9.4) a).
- Reglamento (CE) N° 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) N° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV¹⁴. Vocabulario suplementario, Sección E.
- Reglamento (CE) N° 960/2008 de la Comisión de 30 de septiembre de 2008 por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información¹⁵. Anexo II, Módulo 2. 4 b).
- Decisión N° 742/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008 sobre la participación de la Comunidad en un programa de investigación y desarrollo emprendido por varios Estados miembros y destinado a mejorar la calidad de vida de las personas mayores mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación¹⁶. Considerandos párrafos 7 y 25; Artículo 2 g).
- Decisión N° 743/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008 sobre la participación de la Comunidad en un programa de investigación y desarrollo, emprendido por varios Estados miembros, destinado a apoyar a las PYME que realizan actividades de investigación y desarrollo¹⁷. Considerando párrafo 28; Artículo 2 g).
- Decisión 2008/633/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre el acceso para consultar el Sistema de Infor-

mación de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves¹⁸. Artículo 5.2.a).

- Decisión del Consejo 2008/801/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁹. Art 44.15.
- Decisión de la Comisión de 3 de junio de 2008, por la que se adoptan disposiciones de aplicación relativas al Responsable de la Protección de Datos de conformidad con el artículo 24, apartado 8, del Reglamento (CE) n° 45/2001 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos²⁰. Artículo 3.1 nota 1.
- Decisión de la Comisión de 16 de junio de 2008, relativa a la creación de un comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (versión codificada)²¹.
- Decisión de la Comisión de 22 de octubre de 2008 (2008/824/CE), por la que se crea un Grupo Europeo de Política de Clústers²². Anexo, punto 3.3.
- Decisión del Comité Mixto del EEE N° 33/2008 de 14 de marzo de 2008 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 EEE²³.

ESTATAL GENERAL

- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo²⁴. Artículos 2.2 y 10.1.c).
- Mandato-marco a la Corporación RTVE previsto en el artículo 4 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal, aprobado por los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado²⁵. Artículos 12, 15, 21 y 40.4.

¹¹ Apartado elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez (Universidad de Málaga).

¹² DOUE L 218, de 13.8.2008.

¹³ DOUE L 218, de 13.8.2008.

¹⁴ DOUE L 74, de 15.3.2008.

¹⁵ DOUE L núm. 262, de 1.10.2008.

¹⁶ DOUE L 201, de 30.7.2008.

¹⁷ DOUE L 201, de 30.7.2008.

¹⁸ DOUE L 218, de 13.8.2008.

¹⁹ DOUE L 287, 29.10.2008.

²⁰ DOUE L 193, de 22.07.2008.

²¹ DOUE L 190, de 18.07.2008.

²² DOUE L 288, 30.10.2008.

²³ DOUE L 182, de 10.07.2008.

²⁴ BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008.

²⁵ BOE núm. 157, de 30 de junio de 2008.

LEGISLACIÓN • TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

- Acuerdo de 25 de junio de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial²⁶. Artículo Único. Dos: nueva redacción al artículo 74. 2.4.
- Real Decreto 1135/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad²⁷.
- Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio, por el que se aprueba el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras²⁸. Tercera parte, Cuentas anuales, Modelos de cuentas anuales, V) memoria, A) Contenido de la memoria, 24 punto 1.
- Orden ESD/1729/2008, de 11 de junio, por la que se regula la ordenación y se establece el currículo del bachillerato²⁹. Artículo 4, C; Anexo I: Historia del Arte (Contenidos. Punto 1); Literatura Universal (Párrafo 3º, Contenidos. Puntos 1, 2, 4, 5 y 6, Criterios de Evaluación puntos 1, 2, 4, 10); Geografía (Contenidos. Punto 5); Historia del Mundo Contemporáneo (Contenidos. Punto 2) , Filosofía y Ciudadanía (Criterio de Evaluación, 10 y Objetivo 7), Lengua Castellana y Literatura (Párrafos 2, 6 y 9, Contenido 1 y 2, Criterio de Evaluación 1 y 5, Contenido 2º Curso puntos 1 y 2, Criterios de Evaluación 1 y 5), Lengua Extranjera (Contenido Curso 1º puntos 2 y 3, Contenido 2º Curso punto 2), Materias de Modalidad, A Modalidad de Artes (Objetivo 9, Análisis Musical I, Contenidos 1, Análisis Musical II, Contenidos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9), Artes Escénicas (Párrafo 1º), Cultura Audiovisual (Objetivos Punto 7, Contenidos Puntos 3 y 6, Criterios de Evaluación Punto 6), Historia de la Música y de la Danza (Contenido Punto 5, Criterio de Evaluación Puntos 3 y 4), Griego I y II (5º y 10º Párrafo, Objetivo Punto 3) Griego I (Contenido Punto 4, Criterio de Evaluación Punto 5), Griego II (Contenido Punto 4, Criterio de Evaluación Puntos 2 y 4), Latín I y II (5º y 8º Párrafo, Objetivo 3), Latín I (Contenidos. Punto 4) (Criterio de Evaluación Punto 5), Latín II (Contenidos Puntos 2 y 4, Criterio de Evaluación Puntos 2 y 6).
- Resolución de 25 de agosto de 2008, de la Secretaría de Estado de Educación y Formación, por la que se primer curso de Bachillerato de oferta no obligada, Economía para la vida cotidiana, Criterios de organiza la oferta de materias optativas en el Bachillerato³⁰. Anexo IV, Materias optativas de la evaluación, 8.

ANDALUCÍA

- Disposiciones complementarias sobre presentación por el Parlamento de Andalucía de candidatos a Magistrado o Magistrada del Tribunal Constitucional a proponer por el Senado³¹. Disposiciones complementarias Tercera y Quinta.
- Acuerdo de 16 de septiembre de 2008, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Cartográfico de Andalucía 2009-2012³². Anexo I (Principios del Plan); II [Diagnóstico de la información geográfica 8.1, b); 9.2.g).
- Decreto 381/2008, de 3 de junio, por el que por el que se regulan las funciones, estructura y régimen de funcionamiento del Centro Andaluz de la Imagen³³. Artículo 6.3.
- Decreto 389/2008, de 17 de junio, por el que se regula la composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno³⁴. Artículos 1.a), 2 y 3; Anexo, a), 4.
- Decreto 390/2008, de 17 de junio, por el que se acuerda la formulación del Plan Estratégico General del Deporte de Andalucía para el período 2008-2016³⁵. Artículos 2.d) y 2.e).
- Decreto 395/2008, de 24 de junio, por el que se aprueba el Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012³⁶. Artículos 2.2, 3.2, 7.1.a), 8.2 y Disposición Adicional 11ª.1.c).
- Decreto 396/2008, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía³⁷. Artículos 4.h) y 42.
- Decreto 400/2008, de 8 de julio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de Investigación y Desarrollo Tecnológico e Innovación que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía³⁸. Artículo 20.1.l).
- Decreto 408/2008, de 15 de julio, por el que se actualiza el Catálogo de Enseñanzas Universitarias conducentes a la expedición por las Universidades Públicas de Andalucía de títulos oficiales, así como la estructura de los centros que las imparten y se fijan los precios públicos y tasas a satisfacer por la prestación de servicios académicos y administrativos universitarios para el curso 2008/2009³⁹. Anexo II, Universidad de Cádiz, Género, Identidad y Ciudadanía; Universidad de Granada, Estudios de las mujeres y de género; Universidad de Huelva, Género, identidad y ciudadanía.
- Decreto 416/2008, de 22 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes al Bachillerato en Andalucía⁴⁰. Artículos 4, b); 6.5; 6.6; 24, 3; 23.4; 27 párrafo 1º.

²⁶ BOE núm. 166, de 10 de julio de 2008.

²⁷ BOE núm. 165, de 9 de julio de 2008.

²⁸ BOE núm. 220, de 11 de septiembre de 2008.

²⁹ BOE núm. 147, de 18 de junio de 2008.

³⁰ BOE núm. 220, de 11 de septiembre de 2008.

³¹ BOPA núm. 72, de 11 de septiembre de 2008.

³² BOJA núm. 215, 29 de octubre de 2008.

³³ BOJA núm. 159, de 11 de agosto de 2008.

³⁴ BOJA núm. 122, de 20 de junio de 2008.

³⁵ BOJA núm. 134, de 7 de julio de 2008.

³⁶ BOJA núm. 130, de 2 de julio de 2008.

³⁷ BOJA núm. 134, de 7 de julio de 2008.

³⁸ BOJA núm. 138, de 11 de julio de 2008.

³⁹ BOJA núm. 143, de 18 de julio de 2008.

LEGISLACIÓN • TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

- Decreto 426/2008, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre Reconocimiento y Registro Oficial de Comunidades Andaluzas⁴¹. Artículo 2.1.d).
- Decreto 427/2008, de 29 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios de Andalucía⁴². Exposición de Motivos y Anexo.
- Decreto 428/2008, de 22 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes a la Educación Infantil en Andalucía⁴³. Artículos 5.8, 18.
- Decreto 435/2008, de 2 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Evaluación Educativa⁴⁴. Artículos 2.3; 10 o), 23, 25.1.
- Decreto 436/2008, de 2 de septiembre, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas de la Formación Profesional inicial que forma parte del sistema Educativo⁴⁵. Artículos 3.2; 13.2, 33, Disposición final segunda.
- Decreto 437/2008, de 2 de septiembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres⁴⁶.
- Decreto 450/2008, de 9 de septiembre, por el que se regula el Consejo Andaluz de Enseñanzas Artísticas Superiores⁴⁷. Artículos 5.3 y 5.4.
- Decreto 457/2008, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad del Transporte en Andalucía 2007-2013⁴⁸. Anexo, Capítulo III, 12, Medida 7; Capítulo IV, Punto 14.8
- Orden de 23 de julio de 2008, por la que se establecen normas para la gestión y coordinación de las intervenciones

cofinanciadas con Fondos Europeos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el período de programación 2007-2013⁴⁹. Artículo 27 2.d).

- Orden de 25 de julio de 2008, por la que se regula la atención a la diversidad del alumnado que cursa la educación básica en los centros docentes públicos de Andalucía⁵⁰. Artículo 4.1.

- Orden de 4 de agosto de 2008, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones públicas para la formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁵¹. Artículos 7.1, 7.2, 13 a).

- Orden de 5 de agosto de 2008, por la que se desarrolla el currículo correspondiente al Bachillerato en Andalucía⁵². Artículo 3.e y f; Anexo I, Historia de la música y de la danza (Núcleos temático. Punto 2); Anexo I, Griego I y II (Núcleos temáticos. Puntos 4 y 5); Anexo I, Educación Física (Introducción y Núcleo Temático Punto 2); Anexo I, Filosofía y Ciudadanía (Introducción y Núcleos Temáticos Punto 4), Anexo I, Lengua Extranjera I y II (Relevancia y sentido educativo), Anexo I, Cultura Audiovisual (Núcleos Temáticos, Punto 5), Anexo I, Literatura Universal (Núcleos Temáticos Punto 1 y 2), Anexo I, Latín I y II.

Orden de 5 de agosto de 2008, por la que se desarrolla el Currículo correspondiente a la Educación Infantil en Andalucía⁵³. Introducción; Artículo 3.f y h; Anexo, Áreas de Educación Infantil (Introducción y Puntos 1 y 2); Anexo, Orientaciones Metodológicas Punto 2 y 8.

⁴⁰ BOJA núm. 149, de 28 de julio de 2008.

⁴¹ BOJA núm. 184, de 16 de septiembre de 2008.

⁴² BOJA núm. 154, de 4 de agosto de 2008.

⁴³ BOJA núm. 164, de 19 de agosto de 2008.

⁴⁴ BOJA núm. 182, de 12 de septiembre de 2008.

⁴⁵ BOJA núm. 182, de 12 de septiembre de 2008.

⁴⁶ BOJA núm. 180, de 10 de septiembre de 2008.

⁴⁷ BOJA núm. 189, de 22 de septiembre de 2008.

⁴⁸ BOJA núm. 205, de 15 de octubre de 2008.

⁴⁹ BOJA núm. 151, de 30 de julio de 2008.

⁵⁰ BOJA núm. 167, de 22 de agosto de 2008.

⁵¹ BOJA núm. 166, de 21 de agosto de 2008.

⁵² BOJA núm. 169, de 26 de agosto de 2008.

⁵³ BOJA núm. 169, de 26 de agosto de 2008.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 59/2008, DE 14 DE MAYO, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 153.1 DEL CÓDIGO PENAL⁵⁴

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia cuestiona en este proceso la constitucionalidad del art. 153.1 del Código penal (en adelante, CP), en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por entender que infringe los arts. 10, 14 y 24.2 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) en el art. 153.1 CP y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado (conyugal o análoga, sea en ambos casos presente o pretérita). El Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales, y por ser notoriamente infundada. También el Abogado del Estado solicitó la inadmisión por incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 35.2 LOTC, o, en su defecto, la desestimación de la cuestión promovida.

El artículo 153.1 CP afirma lo siguiente: «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 maltratar 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».

2. Antes de entrar en el estudio del fondo del asunto debemos examinar el vicio de procedibilidad denunciado tanto por el Fiscal General del Estado como por el Abogado del Estado, contrarios ambos a la admisión a trámite de la presente cuestión por considerar incumplidos algunos de los requisitos establecidos en el art. 35 LOTC –en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Este examen es pertinente, según nuestra jurisprudencia, porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efecto desestimatorio, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 5, y las allí citadas).

Coinciden el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado en denunciar la defectuosa tramitación de la presente cuestión por cuanto la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia habría sometido la cuestión a las partes y al Ministerio Fiscal al final de juicio oral sin mencionar el precepto cuestionado ni indicar la duda de constitucionalidad. Y si bien es cierto que posteriormente dictó la providencia de 22 de julio de 2005 reiterando el trámite acordado, ésta no habría subsanado las deficiencias del trámite precedente, con lo que no se habría realizado la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal de conformidad con el art. 35.2 LOTC.

El óbice no puede acogerse porque de acuerdo con nuestra jurisprudencia el trámite de audiencia se ha realizado con la observancia de los requisitos fijados en nuestra Ley, cumpliendo su doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la de abrir un proceso de inconstitucionalidad, y poner a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre

⁵⁴ Publicada en Suplemento al Boletín Oficial del Estado, núm. 135, de 4 de junio de 2008. No se reproducen los Antecedentes, que pueden consultarse en la web del Boletín Oficial del Estado.

la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4). Cierto es que la Magistrada Juez no citó en el juicio oral el precepto cuya constitucionalidad se cuestionaba (art. 153.1 CP), pero lo es asimismo que dicho precepto era el único en el que se basaban la acusación pública y la acusación particular para solicitar la condena del acusado tanto en las conclusiones provisionales como en las definitivas. En el acta firmada por todas las partes consta que la titular del Juzgado otorgó el trámite de audiencia de forma oral al finalizar el juicio, después de que las partes acusadoras, al elevar a definitivas las conclusiones, acabaran de citar el precepto cuestionado como el único que sustentaba sus pretensiones. Además, en su posterior providencia de 22 de julio de 2005 la Magistrada reiteraba a las partes el acuerdo adoptado en el juicio oral de traslado para alegaciones acerca del planteamiento de la cuestión, con cita del precepto legal cuestionado y de las normas constitucionales que éste podría vulnerar. De este modo se cumplían los únicos requisitos exigibles en dicho trámite, según dijimos en la STC 42/1990, de 15 de febrero, sin que sobre recordar con la misma que el otorgamiento de la audiencia efectuado en forma imprecisa constituye «un defecto que carece de suficiente entidad para ser elevado a causa de inadmisibilidad que impida el examen del fondo cuestionado si... la indeterminación es sólo relativa, pues las partes han podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales» (FJ 2).

3. El Auto de cuestionamiento cumple las dos exigencias impuestas por el art. 35.1 LOTC: la aplicabilidad de la norma legal al caso y la adecuada formulación del juicio de relevancia. Notoria la aplicabilidad, en cuanto que los hechos objeto de enjuiciamiento en el proceso a quo fueron calificados por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular como típicos del delito previsto en el artículo cuya constitucionalidad se cuestiona (art. 153.1 CP), hemos de considerar fundado el juicio de relevancia realizado por el órgano de enjuiciamiento, pues en absoluto «que sea notorio que no existe el nexo causal entre la validez de la norma legal cuestionada y la decisión a adoptar en el proceso a quo» (STC 100/2006, de 30 de marzo, FJ 2). Considera al respecto el Auto de cuestionamiento que, de estimarse constitucional el precepto, la pena de prisión imponible al agresor tendría, en aplicación de la agravación de realización de la agresión en el domicilio común contemplada en el art. 153.3 CP, un mínimo de nueve meses y un día, mientras que si el precepto se reputara inconstitucional por vulnerar el art. 14 CE no podría aplicarse esta pena. La exposición de esta diferencia constituye un argumento suficiente de relevancia de la presente cuestión, aunque no especifique la Magistrada cuestionante cuál sería la solución penal en esta segunda alternativa.

El Auto excluye del cuestionamiento normativo, en cuanto no aplicable, el inciso relativo a «la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». También excluye, ahora por su irrelevancia, la previsión de pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (que carece de mínimo en el tipo del apartado 1 y su máximo es de cinco años, frente al mínimo de seis meses y máximo de tres años fijado en el apartado 2), pues la imposición de esta pena no fue solicitada por las acusaciones y la Juez no consideró admisible su imposición de oficio, por cuanto vulneraría las exigencias del principio acusatorio.

También excluye de su cuestionamiento los preceptos relativos al régimen específico de las alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad introducido por la Ley 1/2004 para los supuestos de «violencia de género», relativo a las condiciones de suspensión (art. 83.1.6, párrafo segundo CP) y de revocación de la suspensión (art. 84.3 CP), y a la pena sustitutiva (art. 88.1, párrafo tercero CP), pues al no tratarse de decisiones que hayan de adoptarse necesariamente en sentencia su contenido no es determinante del fallo.

4. Conforme a lo expuesto, nuestro estudio del fondo de los problemas planteados en esta cuestión de inconstitucionalidad se efectuará sólo en relación con el art. 153.1 CP en cuanto dispone que «[e]l que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar 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,... será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año». La duda que suscita el órgano promotor de la presente cuestión se centra en su posible inconstitucionalidad a la vista de que, en su interpretación del precepto y en comparación con el del art. 153.2 CP, establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad. En concreto, en la lectura del precepto que hace el Auto de cuestionamiento respecto a sus sujetos activo y pasivo, el delito de maltrato ocasional tipificado en el art. 153.1 CP se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año cuando el sujeto activo fuera un varón y el sujeto pasivo una mujer, mientras la misma conducta es castigada con la pena de prisión de tres meses a un año si el sujeto activo fuera una mujer y el sujeto pasivo un varón (art. 153.2 CP). La diferenciación se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio, pues de la pena del art. 153.1 CP queda excluido el tramo comprendido entre tres y seis meses de prisión que sí forma parte del marco penal del art. 153.2 CP.

Expuesta la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con parte del enunciado del art. 153 CP –que conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho Juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal–, su análisis exige dos precisiones previas en torno al contenido de este precepto. Estas precisiones son relevantes en la medida en que afectan al área de las conductas que la Magistrada cuestionante considera como injustificadamente diferenciadas a efectos punitivos. La primera precisión (a) se refiere a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito. La segunda precisión (b) se refiere a la inclusión en el enunciado del art. 153.1 CP de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

a) El círculo de sujetos activos del delito se describe en el tipo por «el que» y por que 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». Aunque la Magistrada cuestionante admite al respecto que cabría incorporar también una autoría femenina al delito, dado que la expresión «el que», utilizada en el art. 153.1 CP y en numerosos artículos del Código penal, tiene un significado neutro que no designa exclusivamente a personas de sexo masculino, y dado que la relación conyugal o de afectividad descrita en el precepto cuestionado es posible entre mujeres, termina sosteniendo que el sujeto activo del delito ha de ser un varón. Sustenta esta interpretación en la referencia expresa como sujeto pasivo del delito a «la ofendida que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [al autor] por una análoga relación de afectividad» y en el propósito de la ley que genera la norma de combatir la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004).

Como expresa el propio Auto de planteamiento y anteriormente se ha dicho, la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso («el que») del art. 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable. A los efectos de nuestro enjuiciamiento actual nos basta sin embargo con constatar la existencia de otras posibilidades interpretativas y la validez inicial de la realizada por el órgano judicial, en el sentido, convergente con el que demanda el dere-

cho a la legalidad penal del art. 25.1 CE, de que no es constitutiva de una creación judicial de la norma, atentatoria del monopolio legislativo en la definición de los delitos y las penas: esto es, de que no es una interpretación irrazonable –semántica, metodológica y axiológicamente irrazonable (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7)–, sin que más allá nos corresponda evaluarla desde parámetros de calidad o de oportunidad. No sobra sin embargo destacar que este entendimiento judicial de la norma supone, en principio, una diferenciación que afecta tanto a la sanción como a la protección: que lo que la Juez cuestionante plantea es tanto que se sanciona penalmente más a los hombres que a las mujeres por lo que entiende que son los mismos hechos, como que también se protege penalmente más a las mujeres que a los hombres frente a lo que considera que es una misma conducta.

Esta diferenciación no sólo es más pronunciada que la que supondría una lectura del primer inciso del art. 153.1 CP con un sujeto activo neutro por tratarse de una doble diferenciación (de sujeto activo o de sanción y de sujeto pasivo o de protección), sino también porque incorpora la que resulta más incisiva de las dos (de sujeto activo). Es mayor la intensidad de la diferenciación cuando se refiere a la sanción que cuando se refiere a la protección, siquiera sea porque cuando la sanción constituya la privación de un derecho fundamental, y significativamente del derecho a la libertad, se tratará de una diferenciación relativa al contenido de los derechos fundamentales, al contenido de la libertad. Procede recordar que las normas penales con pena privativa de libertad «suponen un desarrollo del derecho a la libertad... El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 CE, es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un Ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley”: en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas» (STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5).

Nuestro punto de partida en relación con el sexo del sujeto activo ha de ser, en suma, el que aporta el órgano cuestionante, porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la

perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Sólo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir nuestra tarea de «explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución»

(SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8; 131/2006, de 21 de abril, FJ 2; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7).

b) La segunda precisión en torno a los contornos típicos del enunciado cuestionado se refiere a su inserción en un panorama normativo complejo, en el que el inciso siguiente del art. 153.1 CP añade como sujeto pasivo a la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (art. 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP). Así, si respecto de las agresiones a personas especialmente vulnerables no hay restricción alguna en el sexo del sujeto activo, resultará que la misma pena que se asigna a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina (la pena del art. 153.1 CP) será la que merezcan las demás agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron cuando el agredido o la agredida sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o la autora de la agresión.

5. Constatada la aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado, delimitado éste en función de las mismas y determinado su contenido material respecto al precepto que sirve de comparación, llegado es el momento de responder a su cuestión principal: si dicho precepto es inconstitucional en cuanto infractor de lo dispuesto en el art. 14 CE.

De acuerdo con nuestra doctrina sobre el art. 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. Así, cabe contemplar «en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean

tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (STC 200/2001, FJ 4). En palabras conclusivas de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, «los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (FJ 6; también SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3; 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. «Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han 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 contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe» (STC 200/2001, FJ 4). No obstante, como destaca la Sentencia citada, «este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8...), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación» (FJ 4).

6. Nuestro análisis relativo a la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador al que compete «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador (STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4) y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea el «el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución», demarca «los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal... Lejos... de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (STC 161/1997, FJ 9). Así, nuestro análisis actual del art. 153.1 CP no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa.

7. A la luz de la doctrina antes reseñada en torno al doble contenido del art. 14 CE (principio general de igualdad y prohibición de discriminación) debemos precisar que el Auto de planteamiento invoca la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general contenida en el primer inciso del mismo. Como luego habrá ocasión de explicitar, es ésta la perspectiva adecuada de análisis el precepto, pues a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo

de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del art. 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.

El principio general de igualdad del art. 14 CE exige, según la doctrina jurisprudencial citada, que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. Descartada en este caso la falta de objetividad de la norma, pues indudable resulta su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias (FJ 10), distinguiendo lógicamente en el primero entre la legitimidad del fin de la norma (FJ 8) y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada (FJ 9), tal como se apuntaba anteriormente con cita de la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

8. La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penas.

La exposición de motivos y el artículo que sirve de pórtico a la Ley son claros al respecto. La Ley «tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004). Este objeto se justifica, por una parte, en la «especial incidencia» que tienen, «en la realidad española... las agresiones sobre las mujeres» y en la peculiar gravedad de la violencia de género, «símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad», dirigida «sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos

mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión», y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja (exposición de motivos I). Por otra parte, en cuanto que este tipo de violencia «constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución», los poderes públicos «no pueden ser ajenos» a ella (exposición de motivos II). Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es «elemento definidor de la noción de ciudadanía» (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad.

9. La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada –la que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 CP– no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma. No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que, considerados en el primero de los preceptos citados, la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora. Será necesario que resulte adecuada una diferenciación típica que incluya, entre otros factores, una distinta delimitación de los sujetos activos y pasivos del tipo: que sea adecuado a la legítima finalidad perseguida que el tipo de pena más grave restrinja el círculo de sujetos activos –en la interpretación de la Magistrada cuestionante, que, como ya se ha advertido, no es la única posible– y el círculo de sujetos pasivos.

a) La justificación de la segunda de estas diferenciaciones (de sujeto pasivo o de protección) está vinculada a la de la primera (de sujeto activo o de sanción), pues, como a continuación se expondrá, el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también de quién sea la víctima. Debe señalarse, no obstante, que esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con deter-

minadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena.

La cuestión se torna más compleja en relación con la diferenciación relativa al sujeto activo, pues cabría pensar *a priori* que la restricción del círculo de sujetos activos en la protección de un bien, no sólo no resulta funcional para tal protección, sino que se revela incluso como contraproducente. Así, si la pretensión fuera sin más la de combatir el hecho de que la integridad física y psíquica de las mujeres resulte menoscabada en mucha mayor medida que la de los varones por agresiones penalmente tipificadas, o, de un modo más restringido, que lo fuera sólo en el ámbito de las relaciones de pareja, la reducción de los autores a los varones podría entenderse como no funcional para la finalidad de protección del bien jurídico señalado, pues mayor eficiencia cabría esperar de una norma que al expresar la autoría en términos neutros englobara y ampliara la autoría referida sólo a aquellos sujetos. Expresado en otros términos: si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos. Con independencia ahora de que la configuración de un sujeto activo común no deja de arrostrar el riesgo de una innecesaria expansión de la intervención punitiva –pues cabe pensar que la prevención de las conductas de los sujetos añadidos no necesitaba de una pena mayor–, con una especificación de los sujetos activos y pasivos como la del inciso cuestionado del art. 153.1 CP no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena. Esto último, como se ha mencionado ya, es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que no podemos calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que,

con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable. No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.

b) Esta razonabilidad legislativa en la apreciación de este desvalor añadido no quiebra, como alega el Auto de cuestionamiento, porque tal desvalor no haya sido considerado en otros delitos más graves –maltrato habitual, delitos contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidio. De un lado, porque la comparación no desmiente la razonabilidad en sí de aquel juicio axiológico; de otro, porque tampoco objeta el precepto cuestionado desde la perspectiva del principio genérico de igualdad, al tratarse de delitos de un significativo mayor desvalor y de una pena significativamente mayor. Lo que la argumentación más bien sugiere es o un déficit de protección en los preceptos comparados –lo que supone una especie de desproporción inversa sin, en principio, relevancia constitucional– o una desigualdad por indiferenciación en dichos preceptos merecedora de similar juicio de irrelevancia.

Lo mismo sucede respecto a la objeción de que la agravación se haya restringido a las relaciones conyugales o análogas –sin inclusión, por ejemplo, de las paternofiliales. Y más allá de que las relaciones comparadas –meramente sugeridas en el Auto de cuestionamiento– son relaciones carentes de las peculiaridades culturales, afectivas y vitales de las conyugales o análogas, debe subrayarse que cuando las mismas son entre convivientes cabe su encuadramiento en el art. 153.1 CP si se considera que se trata de agresiones

a personas especialmente vulnerables.

c) Como el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.

10. La legitimación constitucional de la norma desde la perspectiva del principio general de igualdad (art. 14 CE) requiere, además de la razonabilidad de la diferenciación, afirmada en los dos fundamentos anteriores, que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional. Este análisis de ausencia de desproporción habrá de tomar en cuenta así tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue. El baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de «contenido mínimo», en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12). Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

Tampoco con la perspectiva de esta tercera exigencia de la igualdad merece reproche constitucional la norma cuestionada. Es significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave (art. 153.1 CP) y frente a la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad. Tal protección es protección de la libertad y de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de las de sus parejas o ex parejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación.

Desde el punto de vista de los supuestos diferenciados debe recordarse que el precepto más grave sólo selecciona las agresiones hacia quien es o ha sido pareja del agresor cuando el mismo es un varón y la agredida una mujer (art. 153.1 CP), en la interpretación del Auto de cuestionamiento, y que equipara a las mismas las agresiones a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. Como ya se ha apuntado, podrán quedar reducidos estos casos de diferenciación si se entiende que, respecto a estos últimos sujetos pasivos, el sujeto activo puede ser tanto un varón como una mujer, pues en tal caso el art. 153.1 CP podrá abarcar también otros casos de agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron: las agresiones a persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora.

Desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año), debiendo subrayarse, con la Fiscalía, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado «en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho», si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 CP.

De la variedad de recursos que pone el legislador en manos del Juez penal merece la pena destacar, en suma, que, cuando la agresión entre cónyuges, ex cónyuges o relaciones análogas sea entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del art. 153.1 CP –sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer– y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que por las razones expuestas cabe entender como de mayor desvalor. Asimismo, el legislador permite calibrar «las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho» con la imposición de la pena inferior en grado (art. 153.4 CP), que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del art. 153.2 CP.

11. En el marco de la argumentación del cuestionamiento de la norma *ex art. 14 CE*, se encuentran dos alegaciones que se expresan como de contrariedad de la misma al principio de culpabilidad penal. La primera se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima. La segunda objeción relativa al principio de

culpabilidad, de índole bien diferente, se pregunta si no se está atribuyendo al varón «una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor».

a) No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones –los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento– a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja. Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.

b) Tampoco puede estimarse la segunda objeción. Cierto es que «la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal» [STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a); también SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2] como derivación de la dignidad de la persona [STC 150/1991, FJ 4 b)], y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede «imponerse al sujeto responsable del ilícito penal» [STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; también, STC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b)]; «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos» [STC 150/1991, FJ 4 a)]; y no cabe «la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente» del sujeto sancionado, a si concurría «dolo, culpa o negligencia grave y cul-

JURISPRUDENCIA • TC •

pa o negligencia leve o simple negligencia» [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6], al «elemento subjetivo de la culpa» (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción.

12. Aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado del art. 153.1 CP ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el Auto de cuestionamiento por comparación con el art. 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE, como ha quedado explicado con anterioridad, porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad.

Por estas razones debemos desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

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 presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Dada en Madrid, a catorce de mayo de dos mil ocho.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.—Roberto García-Calvo y Montiel no pudo firmar por fallecimiento.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 14 de mayo de 2008, por la que se desestima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005 formulada por la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia respecto del art. 153.1 del Código penal, en su redacción introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Con el respeto que siempre me merecen mis compañeros aun cuando discrepe de sus criterios, hago uso de la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, para dar publicidad mediante mi Voto particular a mi apartamiento de la decisión del Tribunal contenida en la Sentencia referida, con base en los argumentos que paso a exponer.

1. Comparto plenamente la sensibilidad de que hace gala la Sentencia respecto del pavoroso fenómeno social de la violencia producida en el ámbito de las relaciones de pareja, de la que no puede negarse que en una abrumadora mayoría son las víctimas más frecuentes las mujeres, y no así los hombres.

Comparto, igualmente, la apreciación de que el legislador en su política criminal puede, e incluso debe, reaccionar mediante la represión de tan odiosa violencia elaborando al respecto los tipos penales con los que sancionar a las personas que incurran en tan censurable conducta.

Pero, afirmados esos datos de coincidencia, la cuestión consiste en determinar si la concreta medida legislativa adoptada para tan plausible fin se ha ajustado a la exigencias constitucionales del moderno Derecho penal, expuestas con convincente rigor en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la Magistrada proponente de las mismas, cuya tesis al respecto comparto plenamente en la medida en que me separo, con la misma intensidad, de la respuesta quedamos en nuestra Sentencia.

Conviene hacer una observación de partida y es la de la insignificancia de la modificación en que consiste el actual art. 153.1 CP, que no supone propiamente, como insensiblemente induce a pensar la argumentación de la Sentencia, la creación de un tipo penal nuevo, referente a conductas de los varones unidos con una mujer en relación sentimental de pareja o ex pareja, diferente del que con anterioridad a la reforma incriminaba esa misma conducta, que tiene hoy su correlato en el art. 153.2 CP.

El verdadero cambio significativo en la represión de las

conductas que nos ocupan se había producido (por cierto sin unánime aceptación en la doctrina penalista, factor de referencia en la comunidad jurídica no desdeñable cuando se manejan conceptos de razonabilidad en la aplicación del art. 14 CE, según nuestra propia doctrina) con la modificación del art. 153 CP por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que convirtió lo que antes era una simple falta en delito. Tal modificación, por cierto, fue objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 458-2004 y 4570-2004, que fueron inadmitidas por los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 332/2005, de 13 de septiembre, que admitieron la constitucionalidad de la agravación producida por el legislador. Debe destacarse en todo caso que en aquella modificación, como en el actual art. 153.2, no se hacía distinción por razón de sexo; es decir, no se utilizaba el criterio de diferenciación, que es, más que la agravación en sí, insignificante, el que introduce el tipo cuestionado y la razón de su cuestionamiento.

Con dicho tipo (y con el del art. 153.2 CP si no fuera por la selección de víctimas en éste), al ser coincidentes el máximo de la pena a imponer (un año) y la pena alternativa, la mayor gravedad de la conducta del varón, cuando se den razones para ello, podría tener la respuesta de la imposición de la pena en el máximo coincidente, no modificado, lo que ya de por sí es exponente de la no necesidad de la modificación. La diferencia se produce así, no en el máximo de la pena, sino en el mínimo, tres meses en el caso del art. 153.2 CP, y seis meses en el del art. 153.1 CP. La intervención agravatoria del legislador, asentada sobre la base, (la verdaderamente significativa) de la diferenciación por razón de sexo, se ha producido, pues, exclusivamente para la elevación del mínimo de tres a seis meses.

2. A mi juicio, la interpretación del tipo penal cuestionado no puede ser otra que la que propone la Magistrada cuestionante; y ello sentado, no me resulta aceptable que la Sentencia, tras reconocer, aunque en términos condicionales (FJ 4, párrafo segundo), que esa interpretación «conduciría, en efecto a su inconstitucionalidad si ... fuera la única posible», se escude en «otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal», dato de hecho que en un juicio de constitucionalidad no creo que pueda suponer un riguroso criterio de análisis, pues el juicio de esos órganos jurisdiccionales en modo alguno puede sustituir al nuestro, ni al de la Magistrada cuestionante, que debe ser el objeto único de nuestro obligado enjuiciamiento.

3. La Sentencia tiene realmente el significado de una Sentencia de las denominadas interpretativas, sobre cuya base no resulta lógico que la interpretación apreciada como constitucionalmente aceptable, no se haya llevado al fallo, como se hiciera en la STC 24/2004, de 24 de febrero, en otra cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre otro tipo penal diferente del actual.

Si la Sentencia se hubiese atendido a la coherencia aconsejable con ese precedente y con la afirmación condicional de la inconstitucionalidad del precepto en la interpretación de la Magistrada cuestionante, a que me acabo de referir en el apartado anterior, lo normal hubiera sido que la declaración de inconstitucionalidad de esa interpretación se hubiese llevado al fallo, sin perjuicio de dejar a salvo las otras interpretaciones que la Sentencia (no yo, por supuesto) declara como posibles.

El no hacerlo así supone un grave riesgo de inseguridad jurídica, pues a la postre los órganos jurisdiccionales no tendrán certeza de si la interpretación cuestionada, perfectamente posible según la letra y sentido del precepto, y aceptada como tal por la propia Sentencia, es constitucional o no. 4. Toda la Sentencia se apoya en una base conceptual que, a mi juicio, resulta inadmisiblemente apodíctica: que las conductas previstas en el apartado 1 del art. 153 CP tienen mayor desvalor y consecuentemente mayor gravedad que las del apartado 2, lo que justifica que puedan ser sancionadas con mayor pena. En otros términos: que la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón a la mujer tienen mayor desvalor que las producidas en esa misma relación por la mujer al varón. Y es sobre esa base apriorística, que por mi parte rechazo, sobre la que se asienta la aplicación al caso del canon de la igualdad.

No puedo aceptar esa base de partida, pues el valor al que el proclamado desvalor corresponde, y que mediante el cuestionado tipo penal se protege, no puede ser otro que el de la dignidad, la libertad o la integridad corporal de la víctima, y en relación con esos valores me resulta sencillamente intolerable que puedan establecerse diferencias por razón de sexo, criterio de diferenciación que choca directamente con la proscripción del art. 14 CE.

Late en el fondo una superada concepción de la mujer como sexo débil [aunque la Sentencia salga al paso de una interpretación tal en el FJ 11, apartado a), párrafo 2] que no considero adecuada a las concepciones hoy vigentes sobre la posición de la mujer ante el Derecho y ante la sociedad.

El factor de la muy desigual frecuencia de las agresiones producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica, y no cabe, a mi juicio, convertir un factor numérico en categoría axiológica.

La mayor frecuencia de agresiones producidas por varones respecto de las mujeres que las producidas por éstas respecto a aquéllos podrá determinar la consecuencia de que deban ser más los varones sancionados que las mujeres; pero no me parece constitucionalmente aceptable que la gravedad de la conducta y la intensidad de su sanción se decidan en razón del sexo del autor y víctima del delito.

Frente a lo que afirma la Sentencia (FJ 7, párrafo 1) precisamente «constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados», y ese tratamiento diferenciado me parece incompatible con el art. 14 CE.

En el análisis de la comparación que la Magistrada cuestionante propone entre el apartado 1 del art. 153 y el 2 la Sentencia discurre en el fundamento jurídico 7 como si se tratase de la tipificación de dos conductas distintas, una con mayor gravedad (la del apartado 1) que la otra (la del apartado 2). Pero ese planteamiento incurre, a mi juicio, en un error.

Entre ambos apartados del art. 153 no existe una diferencia de delitos, ni de conductas, sino de víctimas, como lo evidencia la dicción legal del apartado 2 al identificar los delitos: «si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera». Se trata, pues, de un mismo delito y por tanto de igual desvalor, siendo así la diferenciación de víctimas la única razón del distinto trato penológico, y no un pretendido mayor desvalor, a menos que, contra la dicción inequívoca del texto legal, se afirme, como hace erróneamente la Sentencia, que los delitos son distintos.

Si la consideración del mayor desvalor es la clave de la Sentencia, o mejor, lo es la apreciación por el legislador de ese mayor desvalor como clave del tipo, lo mínimamente exigible, cuando se está cuestionando el precepto desde la óptica del art. 14 CE, sería que ese mayor desvalor, que es en realidad lo cuestionado, se justificase de modo incuestionable. Y es el caso que esa justificación está ausente de la Sentencia.

La única explicación que se propone es la de que las conductas incriminadas en el art. 153.1 (FJ 7, párrafo 1) «no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada».

Como se ve se salta de afirmación apodíctica a afirmación apodíctica, pues no se ve la razón de que se pueda dar por sentado, cual se hace al argumentar así, que en el ámbito de las relaciones de pareja exista hoy una relación de desigualdad y una posición subordinada de la mujer, cualquiera que fuese la lamentable situación del pasado, y de la que la violencia incriminada pueda ser trasunto.

Pauta cultural de desigualdad en el ámbito de la pareja, es expresión que se usa en la misma línea discursiva (FJ 9, apartado a, párrafo 4), y que, de poder ser atendible, supone el riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones, pues en rigor, si la conducta individual no se valora en los elementos de su propia individualidad en el plano de la culpa, sino en cuanto trasunto de un fenómeno colectivo, la sombra de la culpa colectiva aparece bastante próxima.

La Sentencia, pues, pese a su extensión, se asienta sobre el vacío, ya que a lo largo de todos sus fundamentos a la hora de aplicar el canon del art. 14 CE en sus diversos criterios componentes, reaparece en cada caso, a modo de un estribillo constante, la alusión al mayor desvalor y gravedad, carentes de partida, como se ha dicho, de justificación argumental en la Sentencia.

5. A la hora de analizar el tipo penal cuestionado desde la óptica de la igualdad (dada la comparación que se propone por la Magistrada cuestionante entre el art. 153.1 y el 153.2; o mejor, la posición de los varones y las mujeres en relación a los respectivos tipos), y a efectos de aplicar el canon usual en nuestra doctrina sobre la aplicación del art. 14 CE, no considero que la diferencia de trato entre varones y mujeres pueda superar el primer elemento de razonabilidad, en contra de lo que al respecto se razona en la Sentencia.

Habida cuenta de que el problema consiste en justificar una diferenciación que en el nuevo tipo legal se establece en razón de la condición de varón del autor (según he sostenido antes contra lo afirmado en la Sentencia), es necesario demostrar «que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin [el de la mayor protección de la mujer] frente a una alternativa no diferenciadora» (FJ 9, párrafo 1).

Pues bien, si se advierte que esa «alternativa no diferenciadora» era precisamente la que se materializaba en la precedente redacción del art. 153 CP; que la pena establecida en su máximo y en su pena alternativa era la misma que la del actual art. 153.2, tras la modificación producida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (máximo y pena alternativa a su vez coincidentes con las del correlativo art. 153.1 actual), y que la única diferencia de pena, según se indicó al principio, consiste en el mínimo (elevación de tres a seis meses), el factor a justificar desde el prisma conceptual de la razonabilidad no es otro que el de ese mínimo.

Y al respecto debe destacarse que el nivel de pena fijado por el grado mínimo del nuevo tipo podía perfectamente alcanzarse en el precedente, el de «la alternativa no diferenciadora», de que habla el texto de la Sentencia, lo que pone en evidencia la innecesariedad de la modificación legal, pues de existir alguna circunstancia especialmente significativa en el caso de la agresión del varón a la mujer en la relación de pareja, en el sentido del mayor desvalor que arguye la Sentencia, a la hora de la individualización de la pena dentro del margen penológico del tipo de precedente vigencia (coincidente, como se ha señalado con insistencia, con el del actual art. 153.2 CP), quedaría abierta la vía para su imposición en un grado igual o superior al que establece el mínimo del tipo hoy vigente, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

Si, pues, desde la funcionalidad al fin de protección de la mujer, el tratamiento penológico diferenciado por razón de sexo resultaba innecesario, considero que en dichas condiciones la introducción legal de una diferencia por razón de sexo no puede ser en modo alguno razonable.

6. La Sentencia insensiblemente está introduciendo un elemento en el tipo, a lomos de la idea del mayor desvalor que, a mi juicio, no consta ni explícita ni implícitamente en aquél, lo que resulta vedado por el principio penal constitucional de legalidad, incluíble, según constante doctrina de este Tribunal Constitucional, en el art. 25 CE.

La Sentencia trata de justificar lo hecho por el legislador por

las razones que, a su juicio, le llevaron a hacerlo, cuando, al mío, se deben diferenciar uno y otro plano.

Las razones que llevaron al legislador a modificar el Código penal para intensificar la represión de las agresiones inferidas a las mujeres en las relaciones de pareja (por cierto las de menor entidad, que no son precisamente la que provocan el horror que nos presenta la vida diaria de tantas víctimas, y en las que insensiblemente se piensa al enfrentarse al tipo cuestionado, que nada tiene que ver con aquéllos), quedan fuera del tipo penal, si no se introducen explícitamente en él; y por tanto no pueden ser elemento de consideración, al enjuiciar la constitucionalidad del tipo, so pena de desbordar los límites del art. 25 CE.

En tal sentido emito mi Voto. Madrid, a catorce de mayo de dos mil ocho.

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 14 de mayo de 2008, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005.

Con el respeto que siempre me merece la opinión de mis compañeros, dejo constancia de las razones que me separan de dicha Sentencia.

1. Mi discrepancia va referida fundamentalmente al fallo, pues cuestionada en estos autos la constitucionalidad del art. 153.1 CP, y dado que la Sentencia no declara expresamente su carácter interpretativo, la simple lectura del pronunciamiento desestimatorio puede conducir a la conclusión de que el citado precepto, con el solo contenido que expresamente recoge, resulta ser conforme con la Constitución.

Y no es así. Como fácilmente se aprecia en el sentido implícito en los razonamientos jurídicos de la Sentencia, y en términos más expresivos en el segundo párrafo de su fundamento jurídico 4, la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación última esta de la que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el art. 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya «manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» (FJ 9.a).

2. En efecto, la Sentencia hace una interpretación sistemática y finalista del art. 153.1 CP –art. 3.1 del título preliminar del Código civil– y, atendido su contexto –art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004–, en el que encuentra su finalidad, llega a una clara conclusión:

La *ratio* de la constitucionalidad del precepto, interpretado a la luz de su finalidad, es el «mayor desvalor» de «las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja

afectiva» y que «tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» –FJ 9.a). De ello deriva evidentemente que cuando no concurra ese «mayor desvalor», es decir, cuando no concurra esa situación de discriminación, desigualdad o relación de poder, que es la justificación constitucional del precepto, éste devendrá inaplicable.

Y esta inaplicabilidad del art. 153.1 CP por no apreciarse en los hechos enjuiciados en cada proceso la situación señalada, en lo que es propio de la técnica jurídica penal, significa que la invocada situación de discriminación, desigualdad o relación de poder se integra en el tipo, como elemento de hecho constitutivo del mismo, lo que justifica su inaplicación cuando no concurre por virtud de las exigencias materiales del principio de legalidad –art. 25.1 CE.

3. Esta introducción en el tipo descrito en el art. 153.1 CP de un nuevo elemento que no aparece en su texto expreso hace necesario examinar si se han respetado las garantías materiales de la predeterminación normativa propia del ámbito sancionador que se establecen en el art. 25.1 CE.

Entiendo que los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica –STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 6– permiten, mediante una interpretación sistemática y finalista del art. 153.1 CP, llegar a la solución que implícitamente mantiene la Sentencia y que conduce a reducir el ámbito incriminatorio del precepto, sin traspasar los límites propios de la función de este Tribunal como colegislador negativo.

4. Ya en este punto, es de subrayar que todas las sentencias dictadas, en lo que ahora importa, en los procesos de declaración de inconstitucionalidad, en cuanto que en ellas se «enjuicia la conformidad o disconformidad» –art. 27.1 LOTC– con la Constitución de la norma objeto del debate, han de llevar a cabo la tarea dirigida a indagar el sentido de dicha norma, «operación que forzosamente coloca a este Tribunal en el terreno de la interpretación de la legalidad» –STC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6–, de suerte que la conclusión a la que se llegue en este terreno constituye un *prius* lógico insoslayable para decidir sobre la constitucionalidad del precepto debatido.

Es claro, pues, que tanto las sentencias estimatorias como las desestimatorias, en cuanto que han de llegar a un determinado entendimiento del precepto discutido, podrían considerarse interpretativas. Pero no es este concepto tan amplio el que venimos utilizando: una sentencia puede calificarse de interpretativa, en el sentido propio de esta expresión, cuando excluye una cierta interpretación por inconstitucional, o cuando impone otra por entender que es la conforme con la Constitución. Y en estos supuestos, dado que se está llevando a cabo un esclarecimiento, mejor, una depuración del ordenamiento jurídico, precisamente para

asegurar la primacía de la Constitución –art. 27.1 LOTC–, la seguridad jurídica en conexión con el principio de la publicidad de las normas –art. 9.3 CE– demandan que la nueva claridad que deriva de la sentencia, a publicar en el «Boletín Oficial del Estado» –art. 164 CE–, se haga ostensible en la parte de ésta que es más adecuada para ello, es decir, obviamente, en el fallo.

En estos autos, la Sentencia implícitamente está declarando la inconstitucionalidad del precepto cuestionado en la interpretación que se atiene a la pura literalidad de su texto sin más, es decir, sin incorporar un nuevo elemento al tipo, y al propio tiempo declarando su constitucionalidad sobre la base de que concurra aquella situación de discriminación, desigualdad o relación de poder que, si atendemos «al espíritu y finalidad» de la norma –art. 3.1 del título preliminar del Código civil–, resulta ser elemento del tipo. Así las cosas, llego a la conclusión de que este entendimiento del precepto cuestionado debió recogerse en el fallo por las razones de índole general ya señaladas para todas las sentencias interpretativas, a las que en este caso han de añadirse las específicas propias de la materia penal «en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del art. 25.1 CE» –STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5–, lo que además resultaba intensamente indicado aquí, dado que el elemento incorporado al tipo deriva de un contexto y una finalidad que no resultan del Código penal sino de la Ley Orgánica 1/2004, que es la que introdujo el precepto debatido.

He de recordar en esta línea el fallo de la STC 24/2004, de 24 de febrero.

Y este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros. Madrid, a catorce de mayo de dos mil ocho.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez- Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, sobre el art. 153.1 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El art. 1 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»; su art. 6 declara que «La ley es la expresión de la voluntad general... Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos»; y su art. 9 añade, en fin, que «todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable».

Estos principios son reconocibles en la Constitución española, cuyo art. 10.1 destaca la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el art. 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el art. 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respetan estos principios el primer inciso del art. 153.1 del Código penal? La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el art. 153.1 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.– No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer inciso del art. 153.1 CP para sancionar la violencia de género.– La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, responde al indicado propósito de combatir la violencia de género. No es éste el ámbito adecuado para juzgar la decisión del legislador de proyectar los efectos de dicha Ley sólo frente al maltrato ocasional y no sobre el maltrato habitual, las lesiones graves o el homicidio; ni las razones por las que se ha excluido de esa protección reforzada a las mujeres que no son, o no han sido, pareja del maltratador, como ocurre con madres, hijas o hermanas. Como tantas veces hemos dicho, corresponde al legislador, dentro de los límites constitucionales, «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

En lo que ahora interesa, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de

diciembre, señala en su art. 1.1 que constituye su objeto actuar contra la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Sin embargo, en el art. 153.1 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador –y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada– por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o maltrate de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código Penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad –*lex certa*– que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. Carácter interpretativo de la Sentencia.– La primera característica de la Sentencia aprobada consiste en que utiliza la técnica de las llamadas sentencias interpretativas de rechazo (*rigetto per erronea premessa interpretativa*), lo que implica una auténtica declaración de inconstitucionalidad parcial del tipo penal cuestionado. Como es sabido, las sentencias constitucionales interpretativas declaran la constitucionalidad de la disposición impugnada en la medida en que el precepto se interprete en el sentido que el Tribunal considera adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6).

La aparición de sentencias interpretativas desestimatorias (*Sentenze interpretative di rigetto*) y de sus múltiples variedades de sentencias aditivas (*Sentenze di rigetto di tipo additivo o aggiuntivo*) o elusivas (*Sentenze di rigetto per erronea premessa interpretativa*) generó, desde mediados del siglo pasado, una de las polémicas más enconadas en la historia de la dogmática italiana, hasta que terminó por prevalecer la fórmula de las sentencias estimatorias que contienen un fallo vinculante, imponiendo una determinada interpretación del precepto, y que no producen la inseguridad para la certeza del Derecho y de sus fuentes que ocasionan las sentencias interpretativas de rechazo. El recurso a esta técnica en nuestra jurisprudencia también ha sido polémico, máxime cuando se utiliza en materia penal, siendo paradigmáticas,

en ese sentido, las críticas que se contienen en los Votos particulares formulados contra nuestra STC 24/2004, de 24 de febrero, que interpretó restrictivamente el art. 563 CP sobre el delito de tenencia de armas prohibidas.

La Sentencia aprobada afirma en su FJ 4 *ab initio* que la duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el enunciado cuestionado del art. 153.1 CP «conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal».

Sin embargo, la Sentencia no cumple, en gran medida, la función propia de una sentencia interpretativa, puesto que no delimita con claridad y precisión cuál sea la interpretación incompatible con la Constitución, ni expone las razones por las que se llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo, ni tan siquiera se concreta si son todos o alguno de los preceptos constitucionales invocados los que vedan la interpretación que tan apodóticamente se estigmatiza. Estas carencias, unidas al uso de la dubitativa expresión «conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad» generan una ambigüedad inaceptable, puesto que el objeto de una sentencia interpretativa debe ser, precisamente, despejar las dudas de inconstitucionalidad, vedando en lo sucesivo a los órganos judiciales cualquier aplicación del precepto que resulte incompatible con la Constitución.

4. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.– La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el órgano judicial suscita la duda de inconstitucionalidad del primer inciso del Art. 153.1 CP en relación con los Arbs. 10.1, 14 y 24.2 CE. Sin embargo, la Sentencia enjuicia el precepto, casi exclusivamente, desde la perspectiva del principio de igualdad, con lo que creo que incurre en un error de enfoque.

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa no es tanto el menoscabo físico o psíquico causado con el maltrato sino un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta a través del maltrato ocasional. Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato que hombre y mujer pueden infringirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer inciso del art. 153.1 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en maltrato ocasional) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra

la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones... lo que hace el legislador... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente» y que «no se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita» (FJ 11.a). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 153.1 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural, en una concreta estructura social (FJ 11), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, como si portara consigo un «pecado original» del que no pudiera desprenderse, aun cuando la agresión que cometió obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación. Dada la ambigüedad expositiva de la Sentencia, pudiera llegar a entenderse que ésta propicia en su FJ 11 que la aplicación del primer inciso del art. 153.1 CP requiere la concurrencia de un dolo que abarque no sólo la acción material del mal-

trato sino también su significado discriminatorio (pues en los FFJJ 9, 11 y 12 se emplea el término «consciente» para referirse al comportamiento del sujeto activo). Pero una lectura benévola de la Sentencia debe llevar a rechazar esta opción, pues, de ser la correcta, se produciría un descoyuntamiento de la tutela penal contra la violencia de género, ya que, entonces y en tal caso, la violencia leve no habitual de los varones hacia sus parejas o ex parejas carente de connotación discriminatoria sólo podría ser castigada como falta (art. 617 CP), puesto que sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 153.2 CP no pueden serlo las personas contempladas en el apartado primero y la acción castigada en este apartado segundo es «el delito previsto en el apartado anterior». Pues bien, ello implicaría un evidente retroceso respecto de la protección penal que dispensaba la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre –que elevó al rango de delito estas conductas–, y cuya constitucionalidad fue afirmada en los AATC 233/2004, de 7 de junio, y 4570/2004, de 13 de septiembre. Y, lo que es más paradójico, si esa misma conducta (violencia leve no habitual) es realizada por la mujer contra su pareja masculina, sí se le podría imponer la pena prevista en el art. 153.2 CP, al no exigir su aplicación –según la Sentencia constitucional– que la violencia ejercida obedezca a la misma modalidad sexista que la del apartado primero. Sólo una interpretación finalista, pero que forzara los términos del art. 157.2 CP, probablemente *ad malam partem*, lograría impedir tan absurdo resultado.

5. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 153.1 CP.– La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como «sujeto vulnerable» que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el segundo inciso del art. 153.1 CP dispensa a toda «persona especialmente vulnerable». Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como «sexo débil» que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma

penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de «desprecio de sexo», justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de «acabar con el mito de la debilidad de la mujer» porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial –diría que de «orden público»– en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

Como señala el propio Abogado del Estado, que interviene en este proceso en representación del Gobierno, «no siempre la condición femenina arrastra fatalmente ese rasgo de vulnerabilidad que en última instancia justifica la inspiración protectora del precepto. Lo que la ley penal persigue evitar es esa actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión... en el círculo íntimo de la relación conyugal».

6. Los problemas de constitucionalidad no se resuelven con argumentos de legalidad.– Estimo también que la Sentencia se adentra en el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria cuando realiza afirmaciones innecesarias y discutibles acerca del sujeto activo del delito tipificado en el primer inciso del art. 153.1 CP.

La generalidad de los órganos judiciales (como se evidencia en el documento auspiciado por el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial que contiene los denominados «Setenta y tres criterios adoptados por Magistrados de Audiencias Provinciales con competencias exclusivas en violencia de género») así como la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2005, de 18 de julio, han venido considerando, desde la entrada en vigor del precepto, que los términos contrapuestos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo: «ofendida», en género femenino, para el sujeto pasivo y «él», en género masculino, para el sujeto activo, determina que en el caso del primer inciso del art. 153.1 CP, sujeto activo sólo pueda serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél se ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aún sin convivencia. Más aún, los nuevos órganos judiciales creados para el enjuiciamiento de estos delitos son denominados por la Ley como Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Sin embargo, la Sentencia afirma en el fundamento jurídico 4 que «la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso (“el que”) del art. 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable», insistiéndose en el FJ 9 *ab*

initio que tal interpretación «no es la única posible». Creo que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que este Tribunal no debiera pronunciarse salvo para corregir, en su caso, una interpretación extensiva del tipo penal que vulnerase el principio de legalidad (art. 25.1 CE). Por el contrario, resulta improcedente el esfuerzo de la Sentencia en buscar una supuesta autoría femenina para el primer inciso del art. 153.1 CP, por cuanto significa avalar o propiciar una aplicación extensiva *in malam partem* de la norma punitiva.

7. Expreso, por último, mi deseo de que esta Sentencia no marque el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas.

Dejo constancia de mi posición en este Voto. En Madrid, a catorce de mayo de dos mil ocho.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 14 de mayo de 2008 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1. Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por la Magistrada Juez de lo Penal núm. 4 de Murcia, sobre el art. 153.1. del Código penal, reformado por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento jurídico 4.

La circunstancia metajurídica, pero atendible en caso de alguna duda, de que la pura y simple expulsión del ordenamiento jurídico del referido artículo del Código penal propiciaría la revisión de miles de Sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal y las Audiencias Provinciales que lo han aplicado –lo que, además prueba la posibilidad de otras interpretaciones– me condujo a aceptar la búsqueda de alguna otra que resultara conforme a la Constitución.

2. El número 1 del art. 153 del Código penal, describe una conducta punible: la del «que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidas como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión».

De esta conducta, y según el propio precepto, pueden ser víctimas dos clases de personas; en primer lugar una mujer

y solo una mujer, «cuando la agredida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [el agresor hombre] por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia» y en segundo lugar, también puede ser víctima del delito cualquier «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

Contemplando el precepto en su literalidad y, sobre todo, atendida conjuntamente esta descripción de los posibles sujetos pasivos del delito, pudiera haberse pensado que el legislador presume que la mujer ligada a un hombre por una relación afectiva, presente o pretérita, ya conviva o no con él, está en una situación de especial vulnerabilidad; pero esa idea fue desechada por la Sentencia, de acuerdo con la tesis de la Magistrada Juez proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, por ser contraria a la dignidad de la persona (art. 10 CE), al venir a equiparse a la mujer en dichas circunstancias con los niños, los ancianos, los impedidos, etc.

De otro lado, si se analiza el precepto separadamente y poniendo el foco de atención solo en la parte en que se establece que la víctima ha de ser una mujer relacionada sentimentalmente con el agresor, resulta imposible eludir la inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad y, además, por contener una discriminación por razón de sexo en perjuicio del hombre, lo que es aún más visible en el caso de agresiones recíprocas, en que los mismos hechos, producidos simultáneamente, pueden ser objeto de sanciones de gravedad diferente.

3. En la Sentencia de la mayoría se encuentra una solución, haciendo una interpretación finalista, al entender que la agresión del hombre a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor que la misma conducta de la mujer hacia el hombre, por la secular situación de sometimiento de unas a otros en las relaciones de pareja, lo que genera una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor, que legitiman la diferencia de trato penal; todo ello según se anunciaba en la exposición de motivos de la Ley 1/2004 y se plasmó en el art. 1.1 de la misma, al que la Sentencia se remite.

Con esta fórmula yo estaba de acuerdo, pero creo también que supone añadir algo al tipo penal en cuya descripción no está expreso y aunque se considere que esos sucesivos mayor desvalor, gravedad y reproche social hacia el hom-

bre agresor de la mujer, pueda considerarse implícito o ínsito en el tipo penal, la realidad es que es nuestra interpretación la que lo aflora y ello obligaba, en mi opinión y reiterando mi respeto a la contraria, a hacer una Sentencia interpretativa que así lo expresara en el fallo, bien directamente o bien, al menos, por remisión a algún párrafo conclusivo de un fundamento jurídico.

Ciertamente, la introducción de un elemento en un tipo penal, aunque se reputa implícito o ínsito plantea también la cuestión de si ello podría abrir paso a otro problema: el de la afectación al principio de legalidad y taxatividad penal que impone el art. 25 CE, pero esa cuestión, aunque se planteó, no llegó a ser examinada en la deliberación, y por ello, no puedo tratarla aquí, a pesar de que creo que tendría solución para permitir la interpretación conforme a la Constitución.

4. Finalmente, con la fórmula que propuse y no se aceptó, no se podría producir una generalización de revisiones de condenas dictadas en el pasado, ni en el futuro se obligaría a la mujer agredida a probar algún elemento complementario de la agresión sufrida.

En cuanto a lo primero, porque muchas de las Sentencias dictadas hasta ahora en aplicación del artículo controvertido del Código penal lo han sido con fórmulas similares de integración interpretativa.

En cuanto a lo segundo, porque lo que el legislador hizo al redactar la reforma del art. 153.1 CP fue establecer una agravante específica, cuya concurrencia no tiene que ser objeto de una prueba separada de la realizada en conjunto respecto de los hechos denunciados; precisamente en base a los hechos probados y a cuya prueba han de acudir el Fiscal y, en su caso, el Abogado de la acusación particular, es como el Juez o la Sala han de valorar si se ha acreditado la circunstancia agravante para aplicar el precepto que corresponda, lo que, además, permite al juzgador penal, individualizar los casos en que, eventualmente, pueda ponerse de manifiesto que no concurre aquél mayor desvalor.

Por lo expuesto manifiesto mi voto contrario al fallo desestimatorio de la Sentencia, ya que debió serlo estableciendo la interpretación conforme a la Constitución que venía a contenerse en sus fundamentos.

Madrid, catorce de mayo de dos mil ocho.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y VIOLENCIA DE GÉNERO

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional y
Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía.

1. EVOLUCION LEGISLATIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.
 - 1.1. Legislación anterior a la LO 1/2004, de 28 de diciembre.
 - 1.2. La LO 1/2004, de 28 de diciembre.
2. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.
 - 2.1. Auto 233/2004.
 - 2.2. Auto 332/2005.
 - 2.3. SSTC 59/2008, 76/2008.
3. CONCLUSIONES.

EVOLUCION LEGISLATIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

Legislación anterior a la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

Desde que se produjo en nuestro ordenamiento jurídico la reforma del art. 153 del Código Penal de 1995, por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se ha venido cuestionando por la doctrina y por los propios órganos jurisdiccionales, la eventual inconstitucionalidad de una norma que discrimina en función de su sujeto pasivo. En este sentido, y con independencia de la doctrina, los jueces y tribunales ordinarios, han dirigido varias cuestiones de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, en un intento de que este precepto sea declarado inconstitucional.

A la entrada en vigor de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, el art. 153 CP se modificó en un sentido, que favorecía aún más la tesis de su posible inconstitucionalidad, hasta que el Tribunal Constitucional ha fallado a favor de la constitucionalidad de esta norma en las SSTC 59 y 76/2008.

Ciertamente, fue esta cuestión la que constituyó el eje de la tramitación parlamentaria, por lo que al haberse disipado las dudas de constitucionalidad que centraron en su momento el debate, la ley se legitima, si es válida esta expresión, desde una posición de plena constitucionalidad.

Veamos cuál ha sido la evolución de este precepto desde la redacción dada por la LO por la que se aprueba la redacción del Código Penal, hasta la LO 1/2004, de violencia de género.

En la reforma del Código Penal de 1973, por LO 3/1989, de 21 de junio, se introduce el art. 425 que castiga con prisión mayor a quien ejerza habitualmente violencia física sobre un ciertos grupos de la unidad familiar. La interpretación de esta norma por los operadores jurídicos fue muy restrictiva, al exigirse la habitualidad de los malos tratos, y reducirse a los físicos, sin tener en cuenta los malos tratos psíquicos.

En la LO 10/1995, por la que regula el nuevo Código Penal, este delito cambia de ubicación sistemática y se regula en el art. 153, donde permanece hasta hoy con diferentes redacciones. Esta nueva regulación incrementa ya las penas sensiblemente, de las de un mes y un día a seis meses anteriores, a las comprendidas entre seis meses a tres años. Pero tampoco se aplicó con normalidad, porque se confundió con el delito de lesiones.

En la redacción dada por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, el art. 153 mantiene las penas de prisión de 6 meses a tres años, al que habitualmente ejerciera violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que está o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad.

Con esta redacción se ajustaba ciertamente el tipo penal, se introducían los malos tratos por el ejercicio de la violencia psíquica, pero se exigía todavía la nota de habitualidad, que dejaba fuera del tipo penal, lesiones graves cuando la conducta no era habitual. No obstante esta reforma de 1999 contiene importantes modificaciones legislativas en materia de violencia de género. Se regula la posibilidad de ejercer de oficio la acción penal, y la prohibición de acercarse a la víctima.

Las sucesivas reformas legislativas atenderán con más detalle a algunos de estos aspectos. La reforma del art. 153 CP por la LO 11/2003, y muy cerca en el tiempo, la LO 15/2003, amplían considerablemente el número de sujetos pasivos sobre los que se castiga el ejercicio de la violencia, eleva a delito el maltrato ocasional, sin exigir la nota de habitualidad, y amplía también el número de agravantes en la comisión del delito. La Ley 27/2003 regula la orden de protección de las víctimas, y

JURISPRUDENCIA • TC •

se configura así una regulación que pretende ser exhaustiva en el tratamiento de la violencia sobre las mujeres. Sin embargo, desde posiciones políticas más progresistas se intenta una regulación integral y preventiva de la violencia de género que vendrá finalmente con la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

Es a partir de la LO 1/2004, cuando el tipo penal queda definido por la lesión a la esposa o mujer con la que una relación de afectividad, con o sin convivencia. Y es esa diferenciación del sujeto pasivo, la que ha sido objeto de varias cuestiones de constitucionalidad admitidas a trámite, finalmente resueltas por el Tribunal Constitucional en sentido desestimatorio de las mismas, y por tanto ratificando la plena constitucionalidad de la ley.

1. 2. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Ninguna de las reformas legislativas afrontadas desde la promulgación, en 1995, de lo que se llamó el Código Penal de la democracia, tuvo la virtualidad de disminuir la delincuencia de género. Antes bien, el aumento del número de víctimas ha sido constante, y las reformas no tuvieron la menor incidencia en este sentido. Desde finales de los noventa, se sabía con certeza que la solución de la violencia de género no era, ni siquiera fundamentalmente, una cuestión penal. Antes al contrario, el problema de la violencia ejercida sobre las mujeres, se debía a causas específicas y perfectamente diferenciadas de las de la violencia social en general, o de las derivadas de la pertenencia a clases o grupos sociales. Era una violencia desligada de cualquiera de estos factores, y por ello, debía atenderse a otras causas. Estas causas tenían que ver con la distribución del poder en la pareja, no en la sociedad, puesto que la violencia de género se ejerce con abstracción de la pertenencia a cualquier clase.

De ahí que la ley se plantee sobre todo la prevención en los ámbitos sanitario, educacional y mediático. La regulación penal resulta así, ahora sobre todo una “ultima ratio”. Pero razón última que es necesario regular desde esa concepción del sujeto pasivo como débil, necesario de protección y específico, porque la violencia de género es aquella que se ejerce sobre la mujer por el hecho de serlo, no sobre las personas con independencia de su género, sino por la propia razón de ser mujeres. Desde aquí resulta fácil entender que se regule el tipo específico de violencia sobre la mujer, y no general sobre la pareja, o sobre la familia.

Después de sucesivas reformas legislativas en el Código Penal sobre los delitos de violencia doméstica, se aprueba esta ley que adopta la terminología de violencia de género, para regular un tipo penal de violencia sufrida por las mujeres en función de su relación de pareja. Las modificaciones respecto de la anterior regulación del art. 153.1 CP no se contraen a la terminología, sino que la Ley de protección contra la violencia de género, contiene una regulación integral de todas aquellas disciplinas comprometidas con la erradicación de la violencia ejercida sobre las mujeres. Desde esta posición, se ve la necesidad de una ley integral contra la violencia de género, capaz de suplir las deficiencias que contiene el ordenamiento jurídico. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, reconoce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, un hecho diferencial de género. La Exposición de Motivos razona sobre la necesidad de una protección integral de los derechos de la mujer a la igualdad, libertad, vida, seguridad y no discriminación. Las respuestas parciales que el ordenamiento jurídico daba exigían una nueva regulación global, que se lleva a cabo en esta ley. En el Título I se recogen las medidas de sensibilización en materia educativa que son muy importantes, como los contenidos curriculares de género; en Sanidad, los protocolos sanitarios, o en publicidad la regulación de la publicidad que estereotipe a la mujer. El Título II prevé importantes medidas asistenciales, regulación de derechos laborales en situaciones de violencia que obliguen a las mujeres a cambios de residencia, o ayudas en materia económica. El Título III contiene la creación de organismos específicos de control y defensa como son la Delegación del Gobierno contra la violencia de la Mujer y el Observatorio Nacional de Violencia sobre la Mujer con importantes funciones. En el Título IV se introducen nuevos tipos penales, normas de reparto y de especialización de los órganos judiciales y otras atinentes al Ministerio Fiscal. Todo este importante acervo normativo tiene como finalidades básicas la prevención, la represión, y la asistencia a las víctimas. Desde el punto de vista penal, la ley contiene tres elementos principales destinados a la erradicación de la violencia de género: la garantía de la orden de protección para evitar las agresiones, la regulación de la prisión preventiva para estos casos especiales, y la tipificación de estos delitos en función del sujeto pasivo. Algún sector de la doctrina, junto al Dictamen del Consejo de Estado, consideraba que esta regulación podía ser inconstitucional por tratarse de una medida de acción positiva. Las medidas de acción positiva según esta posición, serían constitucionalmente adecuadas en otros sectores del derecho, pero no en el derecho punitivo. Estas posturas están ignorando un hecho histórico esencial en la violencia de género. La determinación de las razones por las que esta es una forma específica de violencia que sólo tiene lugar contra las mujeres, ha sido lo suficientemente estudiada como para que la doctrina contuviera elementos suficientes de valoración de esta violencia en relación con otras formas de violencia doméstica. A diferencia de otras conductas delictivas, la violencia de género tiene dos características propias que justifican la especificidad de los tipos. La primera es la raíz del delito. La violencia de género está originada por una estructura histórica de poder, el poder patriarcal, que genera esa forma de dominación. La segunda es que este delito nunca es puntual, sino que viene determinado por un proceso, que tiene una evolución en el tiempo, y que es susceptible, a diferencia de otros tipos penales, de tratamiento sanitario, educacional o asis-

tencial. Estas dos notas que califican la violencia de género, pueden justificar la constitucionalidad de un tipo especial de delito. Por lo que se refiere al patriarcado, si se acepta que el delito tiene una raíz en ese dominio histórica ejercido por el hombre sobre la mujer, el tipo se justificarían en función de que esa conducta delictiva sólo se daría del hombre respecto de la mujer y no al contrario, o en otras formas de violencia. Y en lo que se refiere a las posibilidades de erradicación de la violencia por tratarse de un proceso, igualmente podría justificarse un tipo penal específico, que después de la tramitación del proyecto, integra además a otros colectivos débiles.

2. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Con anterioridad a la reforma de 2004, se plantearon algunas cuestiones de inconstitucionalidad que fueron resueltas por auto, que si bien no coincidían plenamente en el objeto de enjuiciamiento, permitieron al Tribunal la formulación de algunas consideraciones importantes para la resolución de las sentencias sobre la Ley Orgánica 1/2004.

2.1 Auto 233/2004.

El Auto 233/2004, de 7 de junio, inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad, planteada por un juez, en relación con la posible contradicción entre el art. 153 CP en su redacción dada por la LO 11/2003, y los arts. 17.1, 9.3, 24.2, y 53 CE. El TC razona acerca del argumento central del juez proponente, que es la desproporción entre la conducta delictiva y la pena impuesta, en relación con el sujeto pasivo del delito, estableciendo importantes precisiones acerca del concepto de proporcionalidad.

El legislador, dice en su Fundamento Jurídico segundo, puede establecer penas en función de un juicio de oportunidad, relacionado con los bienes jurídicos protegidos, y tiene para ello un amplio margen, dentro de los límites constitucionales.

En este caso, que se trata de disuadir de la comisión de un delito como es la violencia doméstica, el legislador puede elevar a delito conductas que en una regulación anterior fueran sólo falta, por la relación especial entre los sujetos pasivos y el agresor. La pacífica convivencia doméstica, la protección de las víctimas, y el compromiso que la sociedad puede mantener en delitos que han adquirido esta envergadura, justifican que el legislador haya adoptado esa posición, y por tanto pueda justificarse ese criterio de proporcionalidad.

2.2 Auto 332/2005.

El siguiente Auto, dictado en 2005, insistirá en el mismo razonamiento acerca de la proporcionalidad. Es el 332/2005, y aquí el Tribunal Constitucional funda en dos los criterios acerca de la proporcionalidad. El primero es que los fines que pretende el legislador sean relevantes. Y el segundo es que la medida sea idónea a la consecución de esos fines.

El Auto 332/2005, del TC declara inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juez de Valencia, respecto del art. 153 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

El juez, en el planteamiento de la cuestión hace referencia a los artículos 1.1, 9.3, 10 y 25 de la Constitución Española, lo que en contraste con el art. 153 CP haría inconstitucional esta norma por desproporcionada y contraria al principio de legalidad. En la providencia en la que el juez da audiencia a las partes, para ser oídas, en relación con el planteamiento de la cuestión, hace referencia también al art. 14 de la Constitución, pero en el auto del planteamiento ya no se hace referencia a este artículo. Lo que determinará en buena medida el contenido del Auto del TC, que se reduce a la cuestión de la proporcionalidad, sin tener que pronunciarse acerca del juicio de igualdad de esta norma en relación con la posibilidad de discriminación en relación con el sujeto pasivo del delito. Ahí se ha perdido una oportunidad de que el TC pudiera haber entrado a dirimir acerca de si el art. 153 es inconstitucional por discriminación en función del sujeto pasivo, aunque como tendremos ocasión de ver, a través del juicio de proporcionalidad, puede de forma indirecta abordarse esta cuestión.

Plantea el juez la cuestión de inconstitucionalidad del art. 153 del CP en función de la desproporción que supone la calificación de delito de una conducta que cuando se dirige hacia un tercero es solamente falta, y que se cambia de calificación cuando ese tercero está unido por específicas relaciones familiares y afectivas.

Pues bien, los fines son relevantes, porque el problema de la violencia doméstica es de primera magnitud social, los bienes protegidos, integridad física y psíquica, pacífica convivencia doméstica, dignidad de la persona, y protección a la familia, justifican sobradamente las medidas.

Y en relación con la eficacia, también parece razonable que esas medidas vayan a contribuir a la erradicación de la violencia doméstica.

El razonamiento de este Auto es importante en cuanto a la trascendencia que pueda tener para la resolución de aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que se han planteado en relación con la actual redacción de esta norma en la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Ha sido importante la contestación de esta ley por sectores del mundo jurídico, respecto de la discriminación en que pudiera haber incurrido este tipo penal, en función del sujeto pasivo. El propio Consejo General del Poder Judicial se ha expresado en ese sentido. Y hay en este momento dos cuestiones de inconstitucionalidad presentadas respecto de su inconstitucionalidad por contradicción con los arts. 14 y 24 de la Constitución. Por lo tanto, el TC al resolver sobre estas cuestiones, ha tenido muy en cuenta su propia doctrina contenida en este auto.

2.3 Las Sentencias del Tribunal Constitucional 59/2008 y 76/2008.

Finalmente la ley ha sido objeto de control de inconstitucionalidad por la cuestión formulada por un Juzgado de violencia, que cuestionó la posible contradicción del art. 153.1 CP con algunos preceptos constitucionales, pero fundamentalmente con el art. 14 CE.

El Tribunal Constitucional ha considerado que no es inconstitucional una norma que establezca penas diferenciadas en función del género, al estar justificado ese tipo penal por unas pautas culturales de desigualdad en el ámbito de la pareja. Con ello se criminaliza un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres, que con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable. De este modo, la ley ha superado el test de constitucionalidad, aunque con una votación ajustada, y cuatro votos particulares.

Las recientes sentencias del Tribunal Constitucional en materia de violencia de género, ponen de manifiesto, entre otras cosas también importantes, la necesidad de una jurisdicción constitucional que actualice y haga progresar la Constitución material, por encima de la dogmática jurídica tradicional en la que algunos órganos jurisdiccionales se empeñan en permanecer, ajenos al desarrollo imparable del Estado Social⁵⁵.

La STC 59/2008, de 14 de mayo, ha puesto fin a una larguísima resistencia a considerar que el derecho penal no podía por menos que estar también sometido, como cualquier otro orden jurisdiccional, a los principios y valores constitucionales. Esta exigencia, confirmada en otra sentencia posterior, la STC 76/2008, de 3 de julio, lleva al Tribunal a desestimar las distintas cuestiones de inconstitucionalidad que le han sido sometidas en relación con el art. 153.1 del Código Penal en su redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Ahora, la STC 59/2008 plantea directamente la cuestión. El juicio de relevancia consiste en el razonamiento por el que la consecuencia de la aplicación del art. 153.1 CP es una pena mayor a la que correspondería a una mujer si hubiera cometido la misma falta⁵⁶.

La Sentencia retoma los argumentos del Auto 223/2004, y remite expresamente a él en su fundamentación jurídica.

Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General se oponen a la cuestión rebatiendo con claridad los argumentos esgrimidos en el auto del planteamiento. Sus consideraciones son de orden jurídico y también de orden estadístico, en cuanto que la diferencia porcentual entre los delitos de violencia de género cometidos por los hombres, en relación con los cometidos por las mujeres, evidencia una clara situación derivada del género, que remite a la consideración de orden social, de situación de sumisión cultural de la mujer.

El análisis de la racionalidad de la norma se analiza en función de la legitimidad de su finalidad. Esta es la erradicación de un tipo de violencia que se origina por la desigual situación social de la mujer respecto del hombre, y es por ello razonable que se diferencie también en la regulación de un diferente trato.

La diferencia de trato es además proporcionada (tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena).

Y finalmente, la diferencia normativa es adecuada al fin pretendido. Y ello porque de esa diferenciación, cabe extraer la pauta cultural de una protección a personas especialmente débiles, con el correlativo reproche a situaciones especialmente rechazables, como es el abuso de una situación de superioridad, por otra parte, injustificada, a no ser porque responde a criterios históricos ilegítimos de desigualdad entre las mujeres y hombres, y por esa misma razón rechazables (F.J. n.º 9).

Entra también el Tribunal en el F.J. n.º 9, a considerar el término “género”, tan rechazado en los informes previos a la aprobación de la ley, e incluso en algunas instituciones de defensa de la lengua. Dice el Tribunal que “el término “género” que titula la ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar que no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino una vez más importa resaltarlo, el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima, ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de una sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.

Los votos particulares se mueven en una lógica de razonamiento exclusivamente formal, y de ahí que extraigan las consecuencias contrarias.

El primero de ellos considera que es inconstitucional la diferenciación entre lesiones producidas en función de diferentes sujetos activos en los términos del art. 153.1, porque no puede admitirse que de la misma conducta se extraiga un diferente desvalor. De ahí late una concepción de debilidad de la mujer que sería precisamente contraria al art. 14.

⁵⁵ Con posterioridad se han publicado también las SSTC 80- 83/2008, y 95-100/2008, que resuelven otras cuestiones de inconstitucionalidad, pero no se analizan separadamente porque reiteran en su totalidad los argumentos de estas dos anteriores.

⁵⁶ Corresponde al autor de la agresión una pena de nueve meses y un día, y de ser mujer, habría sido condenado a la pena de siete meses y dieciséis días.

⁵⁷ Efectivamente, el art. 153.1 dice que “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”.

Lo que evidencia este voto particular, es precisamente esa concepción formal de igualdad que no responde a la realidad. Por ello no puede aceptar que se produzca una diferenciación entre la pena que tiene su origen en una misma conducta antijurídica, porque considera que las relaciones entre mujeres y hombres que se producen en esta sociedad son plenamente iguales. De ahí que no quepa diferenciarlas. La sentencia sin embargo parte de la desigualdad realmente existente en el momento actual, y de la necesidad de superar esa desigualdad. Del poder que todavía se ejerce sobre las mujeres, globalmente considerado y con independencia de situaciones particulares, de la necesidad de un mayor rechazo social para superar la tolerancia y justificación que todavía culturalmente tiene un determinado tipo de maltrato o dominio de los hombres sobre las mujeres.

El tercer voto particular es especialmente sistemático en su oposición al criterio de la mayoría. Parte de la consideración de que hoy existe un tipo especial de violencia, denominada de género. Y no es inconstitucional diferenciar la violencia de género, de otros tipos de violencia social. Lo que sí es a su juicio inconstitucional es la diferenciación, dentro de la violencia de género, de una diferente penalización de la misma conducta, en función de los sujetos activo y pasivo. Ello obliga a la mayoría que ha desestimado la cuestión, a dictar una sentencia interpretativa de rechazo, optando por una interpretación de la igualdad diferente de la de la juzgadora de instancia. Y además limitada al contraste del art. 153.1 con el art. 14, en lugar de extender ese análisis a los arts. 10.1 y 24.2 CE. La interpretación diferente del art. 153 CP proporciona cobertura constitucional, pero la sentencia debía en este caso de haber establecido claramente que esa es la única interpretación constitucional, lo que tampoco ha hecho.

Nuevamente aquí se produce una visión conceptual de las normas desde la óptica puramente formal, sin que el juzgador pueda trascender ese plano conceptual, para adentrarse, lo que sí hace la sentencia, en la verdadera situación fáctica de la violencia de género, o la finalidad de la norma para su erradicación. No se ve claramente la razón de la desigualdad, y por eso no se puede justificar.

Posteriormente, la STC 76/2008, de 3 de julio, conoce de una serie de cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, por las que ha de volver a juzgar la norma penal, en relación con el art. 14 CE.

Considera el auto del Juzgado de Valladolid que el art. 153.1 CP es contrario al art. 14 CE, que no puede agravarse la pena exclusivamente en función del sujeto de un delito⁵⁷. Tal diferenciación no solamente es discriminatoria para el hombre, sino que afecta a la dignidad de la mujer, considerada débil en todo caso, con independencia de su propia situación personal. En esta segunda sentencia se reiteran los votos particulares formulados en la sentencia anterior.

CONCLUSIONES

La consideración de las acciones positivas, medidas positivas o discriminación positiva, con independencia de su alcance y consideración, son plenamente constitucionales por estar contempladas específicamente en el art. 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a la consecución de la igualdad material.

Esas medidas deben cumplir los requisitos de la proporcionalidad, de la finalidad legítima de esa igualdad real, y obligan por tanto a entrar en un juicio de racionalidad.

La erradicación de la violencia de género exige, y es por tanto una medida proporcionada, la perspectiva de género, la transversalidad de las medidas adoptadas en relación con ese fin de erradicación de la violencia y, por eso, una diferenciación en el sujeto pasivo del delito, no es inconstitucional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 92/2008, DE 21 DE JULIO. DESPIDO NULO DE TRABAJADORA EMBARAZADA⁵⁸

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez- Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6595-2006, promovido por doña María Jesús Pérez Ledo, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Lourdes Amasio Díaz y asistida por el Abogado don Juan Francisco Montero Carbonero, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006, recaída en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 954-2005, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de enero de 2005, recaída en el recurso de suplicación núm. 713-2004, y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz de 24 de marzo de 2004, dictada en autos 220-2004, sobre despido. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se aduce en la presente demanda de amparo la vulneración por las resoluciones judiciales de instancia y suplicación de los derechos a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante de amparo, al haber declarado improcedente y no nulo el despido del que fue objeto cuando se encontraba embarazada. Considera la demandante que el despido fue motivado por su estado de embarazo, que era ya perceptible en la fecha en que se produjo, y que, en todo caso, las resoluciones judiciales han rechazado la declaración de su nulidad por la exigencia de un requisito –la acreditación del conocimiento por la empresa de su estado de embarazo– que no figura en la norma legal –art. 55.5 b) de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET)– y cuya aplicación resulta desproporcionada y perjudicial para la trabajadora. Finalmente, imputa a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina el haber desestimado el recurso sin motivación, apreciando una falta de identidad entre los supuestos analizados en las

Sentencias recurrida y de contraste que no concurría. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesa el otorgamiento del amparo, al apreciar que las resoluciones del Juzgado de lo Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia han vulnerado el derecho fundamental de la demandante a la igualdad y no discriminación del art. 14 CE, al aplicar el art. 55.5 b) en términos que no se ajustan a la interpretación gramatical, sistemática y finalista del precepto, excluyendo una interpretación alternativa más adecuada en orden a la protección del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

2. Antes de entrar en el estudio del núcleo de la cuestión sometida a nuestra consideración, resulta preciso analizar la queja referida a la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante al apreciar la falta de contradicción entre la Sentencia recurrida y la propuesta de contraste, por no ser coincidentes los hechos de una y otra. Aún cuando ello no aparece nítidamente plasmado en la demanda de amparo es claro que tal queja sólo puede sustentarse en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, al ser la resolución del Tribunal Supremo una decisión de alcance meramente procesal, que desestima el recurso en sentencia, sin entrar a considerar el fondo del asunto, por ausencia del requisito de la contradicción. Pues bien, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, tal queja no puede prosperar. Como este Tribunal ha señalado reiteradamente en relación con el derecho de acceso a los recursos «la interpretación y aplicación de las normas procesales y la concurrencia de los presupuestos que condicionan la admisión de los recursos legalmente establecidos son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria cuyo conocimiento compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales ordinarios (art. 117.3 CE), de tal modo que el control constitucional que puede realizar este Tribunal sobre dichas decisiones es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen la suficiente motivación, si se apoyan en una causa legal o si han incurrido en error material patente o se fundan en una interpretación de la legalidad que resulte arbitraria o manifiestamente irrazonable» (por todas, SSTC 16/2007, de 12 de febrero, FJ 2; y 181/2007, de 16 de octubre, FJ 2). En el caso considerado, la Sentencia del Tribunal Supremo pone de manifiesto cómo las Sentencias contrastadas no resultan contradictorias, al ser diferentes los hechos en uno y otro caso en un aspecto tan esencial

⁵⁸ Publicada en Suplemento al Boletín Oficial del Estado, núm. 200, de 19 de agosto de 2008. No se reproducen los Antecedentes, que pueden consultarse en la web del Boletín Oficial del Estado.

para la cuestión debatida como la prueba o no del conocimiento por la empresa de la situación de embarazo, de forma que, aún existiendo una contraposición doctrinal en las Sentencias, se trata de una contradicción meramente abstracta y no referida a los casos en concreto. Tal criterio aparece expresamente motivado en la resolución y se corresponde con una línea jurisprudencial estable y consolidada del Tribunal Supremo en la apreciación del requisito de la contradicción, en función de la finalidad institucional de la casación unificadora, sin que pueda ser tachado de irrazonable, arbitrario, ni producto de un error patente, por lo que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, de acuerdo con nuestra doctrina.

3. Entrando en la cuestión de fondo, se plantea en la presente demanda de amparo un problema que ha sido ya analizado en diversas ocasiones por este Tribunal, cual es el relativo a la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras como consecuencia de su despido durante el período de embarazo.

La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3), calificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio. Como ha recordado en diversas ocasiones este Tribunal, este tipo de discriminación no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 342/2006, de 11 de

diciembre, FJ 3). Hemos afirmado así que «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo» (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4). En fin, este Tribunal viene reiterando desde su STC 38/1981, de 23 de noviembre, que, cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (por todas, reproduciendo esa doctrina, SSTC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 4).

4. Resultando inequívoco, conforme a nuestra doctrina, que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora –o por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo (STC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 6)–, constituye una discriminación por razón de sexo, en el asunto ahora considerado, como en los analizados en nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2003, de 30 de enero, así como, desde una perspectiva diferente, en la STC 62/2007, de 27 de marzo, la cuestión relativa al conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo ha centrado en buena medida el debate en la vía judicial. La importancia de dicha cuestión viene determinada por el hecho de que, para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada. Como hemos señalado en otras ocasiones, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido –embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación –extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. En palabras de nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 4, y 17/2003, de 30 de enero, FJ 4, «para que se produzca la

inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio». Según se deduce de las Sentencias anteriormente señaladas, este Tribunal ha considerado que el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora constituye un requisito necesario para fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio en relación con el despido. Así, en la STC 41/2002, de 25 de febrero, analizando un supuesto en el que constaba acreditado en hechos probados el desconocimiento por parte de la empresa del estado de la trabajadora, señalamos que «si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia» (FJ 4). En el caso de la STC 17/2003, de 30 de enero, pese a que ni el conocimiento ni el desconocimiento del embarazo por el empresario figuraban expresamente acreditados en los hechos probados de las resoluciones recurridas, el Tribunal consideró que estaba fuera de controversia el conocimiento de dicho estado «en el centro de trabajo» y, en todo caso, apreció que el silencio de los hechos probados sobre esa circunstancia no era por sí solo suficiente para rechazar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, ante la concurrencia de otros datos que permitían deducir su probabilidad. Por su parte, en la STC 62/2007, de 27 de marzo, apreciamos la existencia de una lesión –en ese caso del art. 15 CE– tomando en consideración el hecho de que, aun no estando acreditado el conocimiento por la Administración autora de la pretendida lesión del hecho del embarazo en el momento en que adoptó la decisión impugnada, sí constaba tal conocimiento en un momento inmediatamente posterior, de manera que «la inactividad administrativa a partir del conocimiento de dicho dato, permaneciendo pasiva desde aquella fecha sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales invocados» (FJ 4). En definitiva, nuestra doctrina ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario

de la lesión del derecho fundamental, bien porque conste dicho conocimiento en los hechos probados de las resoluciones recurridas, bien porque, aun no constando expresamente, existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión. En efecto, difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión. Pues bien, en el caso analizado ni consta tal conocimiento ni existen otros datos indiciarios de los que pudiera deducirse la probabilidad de la lesión. Atendiendo a los hechos probados de las resoluciones recurridas, cuya invariabilidad nos impone el art. 44.1 b) LOTC, dado que la revisión del *factum* judicial está vedada a nuestra jurisdicción, como hemos proclamado con reiteración desde las iniciales SSTC 2/1982, de 29 de enero, y 11/1982, de 29 de marzo, los únicos datos acreditados son los relativos a la inexistencia de causa legal para el despido de la trabajadora –admitida por la propia empresa al reconocer desde el primer momento su carácter improcedente– y el hecho de que la trabajadora se encontraba embarazada en la fecha del despido, datos estos insuficientes para operar la inversión de la carga probatoria, conforme a nuestra doctrina. La decisión de las resoluciones judiciales recurridas de no considerar acreditada la existencia de un despido «motivado» por el embarazo es, por tanto, conforme con nuestra doctrina, en los términos en que ha quedado expuesta, al no haber aportado la trabajadora al proceso –como le incumbía– indicios de la vulneración de su derecho fundamental.

5. La anterior constatación no agota, sin embargo, el análisis de la demanda de amparo, dado que en ésta, entremezclada con la queja anterior, se plantea por la demandante una segunda queja, claramente diferenciada y que requiere de un análisis específico. Según dicha queja las resoluciones judiciales recurridas habrían vulnerado su derecho a la tutela judicial efecto del art. 24.1 CE al no haber aplicado la norma que establece que el despido de una trabajadora embarazada será nulo, exigiendo la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo, requisito que no figura en el precepto legal, el cual, por tanto, habría sido aplicado de manera arbitraria por los órganos judiciales. Se plantea, en definitiva, una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la trabajadora por la interpretación efectuada por los órganos judiciales del art. 55.5 LET, en la redacción dada al mismo por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Los arts. 7 y 8 de la Ley 39/1999 citada dieron nueva redacción a las disposiciones sobre nulidad del despido contenidas en la Ley del estatuto de los trabajadores y en la Ley de proce-

dimiento laboral, respectivamente. En lo que interesa a la presente demanda de amparo, referida a un supuesto de despido disciplinario, el art. 7.3 de la citada Ley modificó el art. 55.5 LET, redactándolo en los siguientes términos: «5. Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o están disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.» La redacción anterior de dicho precepto, coincidente con la del primer párrafo de la redacción modificada expuesta, establecía exclusivamente lo siguiente: «5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.» Con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad, ha vuelto a modificar la redacción del precepto en aspectos que, sin embargo, no afectan a la regulación de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas en los términos introducidos por la Ley 39/1999, que era, en cualquier caso, la vigente en la fecha de los hechos de la presente demanda de amparo.

Como se observa de la anterior exposición, la modificación que introdujo la Ley 39/1999 consistió en añadir, a la precedente cláusula de nulidad de los despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, diversos supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Dichas modificaciones se introdujeron por el legislador, como señala expresamente la exposición de motivos de la Ley, con objeto de completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por diversas normas internacionales y comunitarias –citándose, expresamente, las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o

en período de lactancia, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, y la Declaración de los Estados reunidos en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995–, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. La propia exposición de motivos enmarca dichas medidas en los derechos y principios contenidos en los arts. 14, 39.1 y 9.2 de la Constitución. En función de la citada nueva redacción del precepto legal lo que se discute por la recurrente es la interpretación –que califica de arbitraria– del precepto legal en virtud de la cual para declarar la nulidad del despido de la trabajadora embarazada resulta necesaria la concurrencia de un ánimo empresarial discriminatorio y, por tanto, el conocimiento previo del estado de embarazo. A su juicio, los nuevos incisos añadidos al precepto legal por la Ley 39/1999 operan de manera automática, siempre que se encuentre la trabajadora (o el trabajador, en su caso) en una de las situaciones contempladas, sin necesidad de que concurra un ánimo discriminatorio, salvo que el despido se declare procedente. La cuestión así planteada no ha sido analizada hasta la fecha por este Tribunal. En nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2003, de 30 de enero, a las que anteriormente hacíamos referencia, se analizó por este Tribunal la exigencia o no de un previo conocimiento empresarial del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un despido discriminatorio por razón de embarazo, en función de la aplicación del único supuesto de nulidad del despido disciplinario establecido en la redacción del art. 55.5 LET vigente en la fecha de los hechos, anterior a la ahora considerada. La nueva dualidad de causas de nulidad del despido introducida por la reforma fue, sin embargo, contemplada de forma indirecta en nuestra STC 342/2006, de 11 de diciembre, resolviendo una demanda de amparo en la que se reclamaba que se considerara nulo por discriminatorio por razón de embarazo en función del párrafo primero del art. 55.5 LET un despido que había sido declarado ya nulo por aplicación del nuevo párrafo segundo del precepto, siendo otorgado el amparo por el Tribunal tras entender acreditado el conocimiento por parte de la empresa de su estado de embarazo y por aplicación de nuestra doctrina general en materia de prueba indiciaria.

6. Antes de continuar con nuestro análisis resulta preciso establecer que el canon aplicable en este caso es el propio del art. 24.1 en relación con el art. 14 CE, canon que, de conformidad con nuestra reiterada doctrina, conlleva, en primer lugar, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, que es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los cri-

terios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; y 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 5).

Se trata, no obstante, de un canon reforzado (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3) por tratarse de un supuesto en el que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). En efecto, no puede desconocerse que la interpretación efectuada por los órganos judiciales en el presente procedimiento ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas (entre otras muchas, SSTC 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; y 171/2007, de 12 de febrero, FJ 3). Nos encontramos, por tanto, ante resoluciones judiciales especialmente calificadas por razón del derecho fundamental a cuya efectividad sirve el precepto legal cuya interpretación se cuestiona, «sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles» (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 112/2004, de 12 de julio, FJ 4; 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3; 196/2005, de 18 de julio, FJ 3). Como recordábamos recientemente en nuestra STC 34/2008, de 25 de febrero (FJ 3), constituye doctrina consolidada de este Tribunal que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, «reforzadas» (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 5; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3), cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preservación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de

la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), esté vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio, FJ 7), conectado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 4), o en juego (SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), o quede afectado (STC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3) por tal decisión. En tales condiciones, lo que el art. 24.1 CE exige para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3), que exprese o trasluzca «una argumentación axiológica que sea respetuosa» con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3).

7. Analizadas con el anterior canon de enjuiciamiento las resoluciones judiciales recurridas lo primero que se advierte es la parquedad del razonamiento en virtud del cual han desestimado la pretensión de nulidad de la actora, a pesar de estar en juego la tutela del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. En efecto, la Sentencia de instancia se limita a señalar que no ha quedado probado que la demandada tuviese conocimiento de la circunstancia del embarazo de la trabajadora, al no constar la fecha del embarazo ni, por tanto, si éste era o no patente, añadiendo a continuación que, aunque hubiese tenido conocimiento de ello, «lo que es lógico suponer», su cese en modo alguno habría obedecido a esta motivación, sino a razones puramente organizativas de la empresa. De esta forma, la Sentencia realiza una interpretación del art. 55.5 b) LET –sin exponer las razones que le conducen a ello– que implica la exigencia del conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo, exigencia que entiende no acreditada, para, a continuación, tras afirmar que «es lógico suponer» la existencia de tal conocimiento, concluir que el despido no estuvo motivado por el mismo sino por razones organizativas, conclusión que se obtiene al margen por completo de la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria. La Sentencia de suplicación, por su parte, sí aborda con mayor detalle la cuestión relativa a la interpretación del art. 55.5 b) LET en orden a la exigencia o no de un previo conocimiento empresarial de la situación de embarazo para determinar la nulidad del despido, por más que lo haga básicamente a través de la cita de una Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004 que, como la propia Sala de suplicación afirma, no aborda directamente la consideración de dicho problema interpretativo, toda vez que en el asunto analizado sí constaba expresamente el conocimiento por el superior jerárquico de la trabajadora despedida de su situación de embarazo. En todo caso, el único elemento de aquella Sentencia que la Sala de suplicación toma en consideración para desestimar la pretensión de nulidad de la trabajadora es el relativo al análisis que efectúa de la Directiva 92/85/CEE, en virtud del cual esti-

ma el Alto Tribunal que sólo puede considerarse mujer embarazada, a los efectos de la protección frente al despido contemplada en el art. 10, a aquélla que haya comunicado su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales, conforme exige el art. 2, concluyendo que lo que en realidad se protege no es la igualdad de sexos sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Esta argumentación lleva, en fin, a la Sala de suplicación a afirmar que no puede entenderse a estos efectos a la demandante como mujer embarazada, al no haber comunicado a la empresa su estado, y que tampoco resulta posible determinar que la decisión recurrida hubiera estado motivada, directa o indirectamente, por el embarazo, al no constarle a la empresa el estado de gravidez de la recurrente. De esta forma, la Sala desestima la pretensión de la demandante con base en una interpretación del art. 55.5 b) LET que motiva, exclusivamente, por referencia al contenido de la Directiva comunitaria cuya transposición dio origen a la modificación del precepto legal interpretado. Pues bien, resulta evidente que ninguna de dichas resoluciones judiciales satisface las exigencias del canon de motivación reforzado al que hemos hecho referencia. Limitándonos a la Sentencia de suplicación, única que argumenta sobre la interpretación del art. 55.5 b) LET, baste para dicha conclusión, por el momento, con tener en cuenta que la Directiva comunitaria reseñada tiene por objeto el establecimiento de «disposiciones mínimas» para proteger la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, como corresponde al fundamento jurídico que la sustenta (art. 118 A del Tratado de la Comunidad Económica Europea); que las Directivas de la Unión Europea obligan a los Estados miembros destinatarios «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios» (art. 249 del Tratado de la Unión Europea); y que, en fin, la exposición de motivos de la Ley 39/1999, que modificó la regulación del precepto legal, afirma expresamente que con ella se procede a la transposición de la Directiva «superando los niveles mínimos de protección previstos» en la misma. En consecuencia, que la Directiva comunitaria contemple la exigencia de comunicación por la trabajadora de su embarazo al empresario como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la misma no constituye motivación suficiente, por sí misma y con exclusión de cualquier otro criterio interpretativo, para afirmar la exigencia de idéntica condición en la aplicación del art. 55.5 b) LET.

8. En el ejercicio de la función constitucional que le es propia, a este Tribunal corresponde interpretar la constitucionalidad de la ley en todo tipo de procesos de que conoce, juicio de constitucionalidad que, con autoridad suprema, le está reservado, al igual que la delimitación de su propia

jurisdicción y la fijación de los límites entre la constitucionalidad y la legalidad. Hemos así de señalar que nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, como sostienen la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como precedente por motivos no relacionados con el mismo. La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos: así, con el derecho a la seguridad y la salud de los trabajadores embarazadas, por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al art. 40.2 CE (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5), que constituye particularmente el fundamento de la regulación establecida en la Directiva 92/85/CEE; o con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos al que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 39 CE. Como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2). De hecho, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones) e, incluso, la propia reiteración con que problemas de esta naturaleza han debido de ser abordados por la jurisprudencia de este Tribunal. Invariablemente, como antes recordábamos, el Tribunal ha declarado que un despido motivado por el

embarazo de la trabajadora debe considerarse nulo, por discriminatorio, lo que en la regulación legal precedente a la que ahora se analiza recibió cobertura mediante la declaración como nulos en el art. 55.5 LET de los despidos que tuvieran por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o que se produjeran con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En aplicación de la doctrina de la prueba indiciaria establecida por este Tribunal, los Tribunales de Justicia y este Tribunal Constitucional en amparo han venido declarando la nulidad de aquellos despidos en los que, tras haberse aportado por la trabajadora un indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental, no se hubiera acreditado por el empresario la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acreditara que el despido era ajeno a un motivo discriminatorio, habiéndose exigido, para entender aportado por la trabajadora el referido panorama indiciario, que se acreditara el conocimiento por la empresa del estado de embarazo, pues, como anteriormente señalábamos, difícilmente puede considerarse que posee un móvil discriminatorio aquel despido en el que quien despide desconoce la concurrencia del factor de diferenciación en que consiste la discriminación. Pues bien, es sobre este panorama legislativo y jurisprudencial consolidado sobre el que actuó la reforma del legislador de la Ley 39/1999, denominada «de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». Y lo hizo, añadiendo al supuesto de nulidad ya contemplado en el art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, en lo que aquí interesa, declara también la nulidad («será también nulo» dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a «la fecha de inicio del embarazo» (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero –inmodificado– del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto

como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación. Frente a esta claridad interpretativa no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo; antes al contrario, es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto, cuya transposición omite íntegramente, advirtiéndose en la propia exposición de motivos que la transposición se efectúa «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva. Es cierto que la propia exposición de motivos, al explicar la medida, hace referencia al «despido motivado» por razón de embarazo, pero dichos términos no imponen necesariamente una conclusión contraria a la obtenida. Es evidente que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, los despidos «motivados» por razón de embarazo, lo que constituye, como decíamos, uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales, y es lógico que así lo resalte el texto en el que se exponen los motivos de la norma. Pero que sea esa la finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre. Se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional. En primer lugar desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental, como lo ponen de manifiesto no sólo los diferentes recursos analizados por este Tribunal en los que, de una u otra forma, ha sido ésta la cuestión controvertida, sino la propia Sentencia de instancia dictada en este procedimiento, suficientemente expresiva de la dificultad probatoria al considerar finalmente no acreditado que la empresa tuviera conocimiento del embarazo de la trabajadora en la fecha del despido pese a afirmar que «es lógico suponer» que sí lo tuviera. Se exime con ello, además, de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluida la del deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo. Exonerar de esta prueba del

conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Del mismo modo que, por definición, constituye también un reforzamiento de las restantes finalidades constitucionales a las que sirve la medida no directamente relacionadas con la tutela antidiscriminatoria, ya sean éstas las relacionadas con la protección de su salud y seguridad a las que alude la Directiva comunitaria, ya sean las referidas a la protección de la familia y de los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora en favor de su maternidad con una «garantía de indemnidad» reforzada.

9. La garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas y de efectividad del derecho fundamental que impone la afectación

–particularmente intensa, en el presente caso– del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados. En virtud de lo señalado no cabe sino concluir que las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz de 24 de marzo de 2004 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de enero de 2005 han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante (art. 24.1 CE) en relación con su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Para reponer a la demandante en la integridad de su derecho habremos de anular las citadas resoluciones judiciales y declarar la nulidad de su despido, sin que sea procedente extender esta anulación a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006, razonablemente motivada, independientemente de que se vea indirectamente afectada por nuestro fallo.

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 doña María Jesús Pérez Ledo y, en su virtud:

- 1.º Reconocer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).
- 2.º Anular las Sentencias de 24 de marzo de 2004, del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz, dictada en autos 220-2004, sobre despido, y 17 de enero de 2005, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, recaída en el recurso de suplicación núm. 713-2004 interpuesto contra la anterior.
- 3.º Declarar la nulidad de su despido con los efectos legales previstos.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado». Dada en Madrid, a veintiuno de julio de dos mil ocho

LA NULIDAD DEL DESPIDO EN SITUACIÓN DE MATERNIDAD: UNA INTERPRETACIÓN ACORDE CON LA NORMA⁵⁹

Enriqueta Alonso Russi
Doctoranda

y Juan Carlos Álvarez Cortés
Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Málaga

1. Introducción

Tradicionalmente, la mujer ha asumido un papel que la vinculaba a las responsabilidades familiares, pero su acceso al mercado de trabajo ha llevado consigo una “redistribución” de papeles y tareas en el seno de la relación familiar.

El establecimiento de la igualdad como derecho “fundamental” (o al menos con la misma protección que ellos) y como principio superior informador de nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Constitución de 1978 supuso el inicio de un cambio en las relaciones sociales, especialmente respecto del igual trato que debía otorgarse a las mujeres que hasta dicho momento habían quedado eclipsadas por los hombres en las relaciones jurídicas y sociales⁶⁰.

A lo largo del tiempo, han sido nuestro Tribunal Constitucional, inicialmente, y el legislador, con algo más de tranquilidad, los que, el primero a través de la doctrina establecida en sus sentencias, y el segundo, a través de sus leyes, han ido desarrollando el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Para conseguir cierta armonización entre el trabajo y la familia se han adoptado una serie de medidas en distintas disposiciones legales que configuran la política de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Por ello, ha sido, quizás, el ámbito sociolaboral donde más ha incidido en el tema, y sirviendo de “campo de pruebas” para medir el alcance de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, es donde más normas jurídicas han venido a recordar que ha de aplicarse este elemental “principio-derecho” en las relaciones privadas que regulan el trabajo y la protección social de los trabajadores.

Junto a las distintas modificaciones del ET, nos encontramos dos normas de tremenda importancia para la consecución de este elemental objetivo: la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral y, más recientemente, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre las mujeres y hombres, normas de envergadura y de carácter “totalizador”⁶¹, en el primero de los casos y con carácter transversal al regular distintas parcelas del ordenamiento jurídico y no sólo del social, en el segundo de los casos.

La nueva interpretación producida por el Tribunal Constitucional respecto del despido de las embarazadas tiene como objeto la redacción dada al art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, que fue adoptada atendiendo a requerimiento de Directivas comunitarias y que, con sus más sombras que luces⁶², venía a corregir algunos problemas de la normativa anterior, entre ellas la cuestión de la nulidad del despido de las embarazadas.

2. Sobre la protección del embarazo y los derechos fundamentales.

En coherencia con la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se entiende como “discriminación directa” por razón de sexo, la situación de una persona que haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

La prohibición de esta forma de discriminación tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer, como ya indicaba la STC 17/2003, de 30 de enero.

En numerosas SSTC, el Alto Tribunal ha determinado englobar a las desigualdades de trato producidas por la concurrencia de condiciones o circunstancias relacionadas de forma directa e inequívoca⁶³, como lo es el embarazo, “hecho biológico

⁵⁹ Comentario a la Sentencia 92/2008, de 21 de julio de 2008. Recurso de amparo 6596-2006.

⁶⁰ Ello no quiere decir que hasta el momento no se hubiera adoptado ninguna norma social referida a la protección de la mujer en el ámbito laboral: véase esta evolución histórica de forma sucinta pero muy acertada en ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C.; Y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P, en *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, págs.31 y sigs.

⁶¹ Así la califica GARCÍA MURCIA, J., en “La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en *Justicia Social* n° 1, 2000, pág. 14.

⁶² Véase la acertada y ácida crítica a la Ley 39/1999 realizada por BALLESTER PASTOR, M.A., en *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 9 a 13.

incontrovertible” que incide exclusivamente en las mujeres⁶⁴, llegándose a afirmar en la STC 185/2005 (FJ 4º) que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”.

Siendo ello así, la reforma de la calificación del despido producida en el Estatuto de los Trabajadores mantenía como “nulo” el despido (ex art. 55.5) que tuviera “por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

No cabía, pues, duda alguna de que con esta regulación un despido motivado por el embarazo de una trabajadora constituía una discriminación por razón de sexo.

3. Sobre el despido de una embarazada y su conocimiento por la empresa: una primera interpretación⁶⁵.

Toda extinción de contrato de trabajo durante la situación de embarazo no tiene que suponer que haya una discriminación por razón de sexo. Evidentemente, los despidos calificados como procedentes nada tienen que ver con la condición de embarazo de la trabajadora sólo con el incumplimiento de sus obligaciones laborales.

En cualquier caso, en una primera interpretación, los Tribunales ante los despidos de mujeres embarazadas no han determinado directamente que tales situaciones eran discriminatorias de forma automática, esto es, no bastaba con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada para calificar el despido como nulo.

Debía haber una relación de causalidad entre el embarazo y el despido, que es el perjuicio en el que se concreta la discriminación. Por ello, en un primer momento, se exigían “indicios” de discriminación para que operara la inversión de la carga de la prueba o la exigencia de demostrar que había intención discriminatoria o voluntad de causar un perjuicio⁶⁶.

Consecuencia lógica de todo ello, es que se entendió que no podía existir discriminación si la empresa no conocía el embarazo de la trabajadora, entendiendo tal situación como “sine qua non” para calificar el despido como nulo, según, por todas, la STS de 19 de julio de 2006. De hecho, la STC 41/2002 confirmaba esta tesis, ya que si la empresa no conocía el embarazo resulta “difícil de imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia”.

Evidentemente, en aras de evitar una lesión del derecho a la intimidad, no tiene que ser necesario que la trabajadora haya comunicado expresamente tal circunstancia al empresario, bastando con que el mismo pudiera tener conocimiento de tal hecho bien por ser apreciable a simple vista, bien porque sea conocido en el centro de trabajo (STC 17/2003, en el mismo sentido DE LA PUEBLA PINILLA).

En definitiva, que “difícilmente puede apreciarse la existencia de un trato peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión. La decisión de las resoluciones judiciales recurridas de no considerar acreditada la existencia de un despido ‘motivado’ por el embarazo es, por tanto, conforme con nuestra doctrina, en los términos que ha quedado expuesta, al no haber aportado la trabajadora al proceso –como le incumbía– indicios de la vulneración de su derecho fundamental.” (STC 92/2008).

La Ley 39/1999 viene a introducir una mejora significativa tanto respecto del “suelo” o “mínimo” establecido por la legislación comunitaria que trasponía, como respecto de la protección anterior de la extinción del contrato, declarando como “nullos”, por lo que aquí nos afecta, el de las trabajadoras embarazadas (apartado b), desde la fecha del inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad. Indicándose como cláusula de cierre que ello será de aplicación salvo que “se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”. Así pues, parece que hay un hecho objetivo indiscutible que opera en la norma: la nulidad de los despidos de las trabajadoras embarazadas desde la fecha del inicio del embarazo. Además cuando la Ley es clara no han de hacerse interpretaciones forzadas, sobre todo cuando las mismas pueden dar lugar a la vulneración de un derecho que conlleva una discriminación por razón de sexo.

Es este precepto el que provoca en el Tribunal Constitucional una reflexión sobre la nulidad del despido de las mujeres embarazada, doctrina que sería también aplicable, en nuestra opinión, ‘mutatis mutandis’, al resto de los supuestos de los apartados a) y b) del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

⁶³ SSTC 182/2005; 214/2006; 17/2007 o 233/2007, entre otras.

⁶⁴ SSTC 173/1994; 20/2001; 41/2002; 17/2003; 98/2003; 175/2005; 214/2006 y 342/2006.

⁶⁵ Sobre el tema, véase in extenso, RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido de la mujer embarazada*, Bosch, Barcelona, 2006.

⁶⁶ Por todas, las SSTC 41/2002 y 17/2003, que en su FJ 4º establece que “para que produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alejar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y sería de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio.”

4. Tutela judicial efectiva y principio de igualdad: un antes y un después de la Ley 39/1999, un antes y un después de la STC 92/2008.

El asunto que se examina por la STC 92/2008, de 21 de julio, trae su causa en un despido producido por la patronal del metal de Badajoz en una trabajadora cuya que se encontraba en dicho momento en situación de embarazo.

Los hechos probados de la sentencia de instancia recogían el desconocimiento por parte de la empresa de tal circunstancia. La trabajadora, como indicios de que el acto de despido fue una discriminación prohibida, expuso que, de un lado, en la comida de Navidad celebrada por la empresa ya se encontraba en su cuarto mes de gestación y, de otro, además que si realmente se trataba de un despido por causas organizativas, por qué se reconoció inmediatamente la improcedencia, sin tratar de acreditar las causas y se contrata a otro trabajador inmediatamente en esta empresa.

En base a ello, consideraba vulnerados los artículos 14 y 24.1 de la Constitución por no haberse aplicado lo que la norma establece de forma clara y pacífica: el despido de una trabajadora embarazada ha de ser considerado nulo, si no fuera procedente, ya que en ningún caso la Ley exige que el empresario haya de tener conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora⁶⁷.

Se trata de una interpretación nueva, en base a una norma que no había sido aplicada por la jurisprudencia, del despido nulo por causa de embarazo, producida por la modificación del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por la Ley 39/1999, cuestión que desde dicha perspectiva no había sido analizada antes por el Tribunal Constitucional.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales conlleva o supone el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, resolución que ha de ser motivada, en el sentido de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, y ha de contener en tal motivación una fundamentación en Derecho, con el objeto de garantizar que no haya una aplicación arbitraria de la legalidad, bien por haberse adoptado una decisión irrazonada o irrazonable, bien por haber incurrido en un error patente.

Con ello ha de tenerse en cuenta que, en el supuesto que se analiza, los Tribunales en la aplicación de las normas que pretenden evitar tratos discriminatorios a una embarazada han continuado con la interpretación judicial precedente, quizás por inercia, entendiéndose que tales normas venían exigiendo el conocimiento por el empresario de dicha condición de embarazo para que pudiera calificarse la actuación como discriminatoria (y si no se hubiese probado lo contrario, claro está).

La nueva redacción del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se añaden dos apartados, dada por la Ley 39/1999, produce una nueva visión del despido de la embarazada, a juicio de la recurrente, pues no es necesario un “ánimo empresarial discriminatorio”, ya que la modificación legal hace que el despido de la trabajadora embarazada, independientemente también del conocimiento de tal circunstancia por el empresario, opere de manera automática, salvo que se declare como procedente.

Este es el marco de la interpretación jurídica donde se instala la STC 92/2008, de 21 de julio. A juicio del Alto Tribunal, la sentencia de instancia fue muy parca en el razonamiento por el que se desestima la nulidad del despido de la actora, pero es que, además, reconoce el no quedar probado que la empresa conociera el embarazo, haciendo una “apostilla” que al Tribunal Constitucional le resulta llamativa “aunque hubiese tenido conocimiento de ello, ‘lo que es lógico suponer’, su cese en modo alguno había obedecido a esta motivación”, lo que implica que el juez tiene cierto convencimiento de que la empresa podía conocer o haber conocido dicha situación. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional concluye que la prueba de los hechos “queda al margen por completo de la doctrina constitucional en materia de la prueba indiciaria”. Por su parte, la sentencia de suplicación no va mucho más allá. Mantiene que el despido no es nulo, en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, y de la STS de 26 de febrero de 2004, interpretando que “no puede entenderse a la demandante como mujer embarazada, al no haber comunicado a la empresa su estado, y que tampoco resulta posible determinar que la decisión recurrida hubiera estado motivada, directa o indirectamente, por el embarazo, al no constarle a la empresa el estado de gravidez de la recurrente”, interpretando así el art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores en base a la Directiva que dio origen a su trasposición.

Junto a la discriminación salarial, el riesgo a la pérdida de empleo de las mujeres a consecuencia de la maternidad (ya no sólo el embarazo, sino por la suspensión de contrato por maternidad o por la reducción de jornada por la lactancia), “constituye probablemente el problema más importante con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales” (STC 92/2008).

El Tribunal Constitucional, en aplicación de los criterios elementales de interpretación⁶⁸, concluye que la nulidad del despido recogida en el art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores tiene “un carácter automático”, vinculado a la realidad o acreditación del embarazo de la trabajadora “y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo”.

⁶⁷ Y porque el despido de ésta por una causa ficticia, estando embarazada, comporta una discriminación en la actuación empresarial, que ni siquiera acudió al procedimiento legal de despido objetivo ni intentó probar la causa alegada.

⁶⁸ Evidentemente, los establecidos por el art. 3.1 del Código Civil (gramatical, lógico y teleológico), además del criterio último y superior que es el de interpretación conforme a la Constitución.

5. Una justificación lógica de una interpretación jurídica.

No puede haber una tutela judicial efectiva si una norma se aplica irrazonable o erróneamente.

El art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores fue introducido por una norma, la repetida Ley de conciliación de la vida familiar y laboral, cuyo objetivo era mejorar notoriamente la Directiva, de contenidos mínimos, que se encargaba de trasponer, según la propia Exposición de Motivos. Y es que la regulación de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas se relacionaba directamente con el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Este precepto se estableció con la intención de proteger a la mujer embarazada frente al despido debido a, quizás, la dificultad que en el marco de la relación laboral tenían las mismas para aportar un indicio razonable de vulneración de derechos fundamentales que provocara la inversión de la carga de la prueba y, por supuesto, por la dificultad que tenían las trabajadoras de demostrar que la empresa tenía conocimiento de su estado de gravidez.

Sobre todo, cuando no resulta muy común ni apropiado comunicar un embarazo a la empresa “con registro de entrada” o con “recibí copia” ya que es un estado que o bien ha quedar en el ámbito de la intimidad de las personas o bien su notoriedad se comunica con cierta facilidad (pero de difícil acreditación o prueba del momento en que se produjo dicho conocimiento).

Nos encontramos tras la reforma ante un supuesto de “nulidad objetiva” distinta de la “nulidad por causa de discriminación” y que “actúa en toda la situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”.

Entiende, el Tribunal Constitucional que el legislador ha configurado un mecanismo de “garantía reforzada” en la tutela de las trabajadoras embarazadas, de forma que la regulación legal ha optado por un concreto desarrollo del art. 14 de la Constitución, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Este “plus de protección” viene justificado, pues, por la condición de mujer, por el estado de embarazo de la misma (estado que en algunas ocasiones provoca alteraciones de la salud o de las capacidades que pueden hacer que a la mujer le sea más complicado realizar sus actividades laborales normalmente) y, quizás, por la “resurrección” del principio ‘pro operario’ en cuanto a que la prueba de la discriminación no era fácil, incluso invirtiendo la carga de la misma, y por ello se automatiza la calificación de nulidad por el legislador en un impulso de defender a la trabajadora embarazada.

Ello hace que una decisión judicial que haga una interpretación restrictiva de este especial desarrollo del derecho a no ser discriminado, y ajena a las reglas hermenéuticas vigente, haya de considerarse contraria a la razonabilidad y motivación que han de cumplir las resoluciones judiciales, y por lo tanto contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde luego, una interpretación realizada por nuestro Tribunal Constitucional redonda, sin aristas, y coherente con lo que se espera en una sociedad que aspira, algún día, esperemos que no muy lejano, a que las mujeres sean tratadas de forma igual que los hombres.

En conclusión, se trata de una sentencia que pone de manifiesto, desde una vertiente interpretativa teleológica de la norma, la nulidad objetiva de un despido de una mujer embarazada bajo el acertado acento de la discriminación directa por razón de sexo, en relación a una incorrecta interpretación realizada por nuestros tribunales ordinarios del art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores y por vulneración de los arts. 24.1, en relación con el 14, de nuestra Carta Magna.

Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer

Teléfono de Información a la Mujer

900 200 999