

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 23 • DICIEMBRE DE 2006

DOCTRINA

- Mujer, Tecnología y Trabajo

LEGISLACIÓN

- Directrices Estratégicas Comunitarias en Materia de Cohesión.
- Programa comunitario para el empleo y la solidaridad social
- Igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.
- Destinos del personal militar profesional (violencia de género)
- Ley del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía
- Ley del Estatuto de los Andaluces en el Mundo.
- Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía

JURISPRUDENCIA

- Diferente retribución de trabajadores y trabajadoras en función de la antigüedad.
- Discriminación indirecta. IRPF y pensiones por alimentos.
- Permiso de una hora diaria para atender a un hijo menor de 9 meses.
- Medios de prueba en litigios sobre separación matrimonial.
- Acción popular en materia de violencia de género.
- Violencia contra las mujeres. Detención ilegal durante 20 minutos.

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:

Ana Soledad Ruiz Seguí

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/ Alfonso XII, 52

41002 Sevilla

Tel.: 955 03 49 53

Fax: 955 03 49 56

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

Ana Soledad Ruiz Seguí 3
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

DOCTRINA

Mujer, Tecnología y Trabajo
Carlos Molinero Rosales 4

LEGISLACIÓN

Decisión nº 2006/702/CE del Consejo de 6 de octubre de 2006 relativa a las Directrices Estratégicas Comunitarias en Materia de Cohesión. 11

Decisión nº 1672/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social — PROGRESS 12

Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios. 13

Real Decreto 1202/2006, de 20 de octubre, por el que se modifica el reglamento de destinos del personal militar profesional, aprobado por el Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo 16

Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía 18

Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el Mundo. 19

Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía 20

JURISPRUDENCIA

TJUE

Sentencia del Tribunal de Justicia (gran sala) de 3 de octubre de 2006. Diferente retribución de trabajadores y trabajadoras en función de la antigüedad. 23

T.C

Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2006, de 13 de febrero. Discriminación indirecta. 29

Sentencia del Tribunal Constitucional 294/2006, de 11 de octubre. Permiso de una hora diaria para atender a un hijo menor de 9 meses. 31

Sentencia del Tribunal Constitucional 291/2006, de 9 de octubre. Medios de prueba en litigios sobre separación matrimonial. 33

Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2006, de 23 de octubre de 2006. Acción popular en materia de violencia de género. 41

T.S

Sentencia Tribunal Supremo (Penal), 7 de abril 2006. Violencia contra las mujeres. Condena a prisión por detención ilegal durante 20 minutos, pues considera que la detención fue injustificada y arbitraria y Segunda Sentencia Tribunal Supremo nº: 403/2006. 49

PRESENTACIÓN

Nuestro Estatuto de Autonomía para Andalucía, cuyo nuevo texto ha sido recientemente aprobado, enfatiza la calidad y la plenitud de la democracia, formulando en toda su extensión los derechos de las mujeres; entre ellos, el derecho a una protección integral contra la violencia de género y el derecho al pleno empleo en condiciones de igualdad. El desarrollo de aspectos sustanciales de estos derechos centra la doctrina, norma legal y jurisprudencia que se recogen en este número.

De una parte, el Gobierno Andaluz se ha posicionado repetidamente para mostrar su condena contra la violencia de género, adoptando diversas medidas entre las que destaca la personación de la Junta de Andalucía en los procedimientos penales que se sigan en casos graves de violencia de género. Una actuación que adopta rango legal al quedar recogida en el *Anteproyecto de Ley de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género*, actualmente en trámite.

Desde el año 2003, la Junta de Andalucía, a solicitud del Instituto Andaluz de la Mujer, se ha personado en los procedimientos derivados de 23 asesinatos de mujeres cometidos en Andalucía por violencia de género. Debido a la gravedad de la situación generada por la violencia de género, el ejercicio de la acción popular por una administración pública constituye hoy día una actuación procesal especialmente indicada para avanzar en la eliminación de este tipo de violencia, y esto es lo que ha venido a sentar la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de octubre de 2006, que aquí publicamos.

De otra parte, es importante que conmemoremos un nuevo 8 de marzo poniendo el énfasis en la meta del empleo de calidad para las mujeres. Sin olvidar que el empleo es el medio idóneo para que las mujeres que están saliendo de una situación de violencia se incorporen a una vida personal, familiar y social plenamente normalizada.

Nos felicitamos por tener, a nivel del Estado y a nivel de nuestra Autonomía, un marco legislativo, aprobado o en trámite, que garantiza el derecho al acceso, a la promoción y a unas condiciones de trabajo en igualdad, abordando también la necesidad de favorecer la corresponsabilidad de mujeres y hombres en los ámbitos de lo doméstico y de lo laboral, como medio idóneo y necesario para alcanzar el objetivo del pleno empleo. Por todo ello, valoramos también muy positivamente cuantas acciones legislativas abundan en la delimitación y desarrollo de este derecho.

Soledad Ruiz Segúin
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

MUJER, TECNOLOGÍA Y TRABAJO

CARLOS MOLINERO ROSALES
(GERENTE MR ASERORES DE EMPRESA)

Introducción

El conocimiento como fuente de productividad y anulación de la discriminación

Igualdad de oportunidades en el mundo laboral. Mejores puestos de trabajo

Medidas para favorecer la igualdad

Discriminación en cuanto al tipo de trabajo

Conclusión

1. Introducción

Mujer, tecnología y trabajo son, en la sociedad actual, tres términos que podríamos considerar claves para lograr los objetivos de aumento de la productividad y de la competitividad en cada país o zona económica¹. Lógicamente no pretendemos con esto decir que son los únicos medios para conseguir dichos incrementos y mejoras, ni tampoco pretendemos en estas líneas agotar el tema en cuestión. No obstante, sí queremos resaltar la alta importancia que tienen estas tres palabras enunciadas si se consideran unitariamente para conseguir la finalidad mencionada. Desde este artículo tan sólo daremos una breve visión de dicho entramado y algunas de sus consecuencias e, incluso, intentaremos descender a algunos detalles concretos, más bien a modo de ejemplos.

Podemos partir de la afirmación de que el capital humano de un país es siempre el mayor valor productivo. Por tanto, todo aquello que ayude a aumentar el capital humano y a hacerlo rendir conllevará implícitamente un aumento en la productividad. Pero si queremos concretar aún más, hemos de considerar a continuación que las mujeres -muchas veces discriminadas en el mundo laboral, empleadas en situaciones más o menos precarias, obligadas en gran medida a acudir a fórmulas aún no consolidadas de autoempleo o con la dificultad añadida, en estos últimos casos, de consolidar empresas de larga duración-, en cifras absolutas constituyen el mayor valor perdido y, por consiguiente, al que debemos prestar una atención mayor y darle una solución más inmediata.

Si además valoramos la productividad y la competitividad como es debido, esto es, en toda su amplitud, y no sólo en términos económicos apriorísticos, tenemos la obligación de hacer notar que también no apoyar aquellos trabajos que conllevan, podríamos decirlo así, una productividad indirecta -como son, entre otros, la solidaridad en situaciones de dependencia, la asistencia social, el apoyo humanitario, la atención de un hogar-, merma indudablemente la economía de un país. Pensamos que hoy en día no se termina de apreciar este tipo de trabajos, frecuentemente no remunerados y realizados en gran medida por mujeres, sin considerar su aportación en la base de la capacidad productiva de una sociedad. Y aunque se han dado grandes pasos para abordar esta cuestión, se corrobora que siguen siendo insuficientes a la hora de sensibilizar a la sociedad y de llevar estas ideas a la práctica. Por ello, se debe seguir trabajando en esta línea, no sólo desde medidas específicamente normativas, y llegar a un mayor compromiso de los poderes públicos, del tejido empresarial privado y de las relaciones entre particulares.

¹ Como ha indicado en su reciente visita a España T. Peters, "en la actualidad en Estados Unidos hay 11 millones de negocios dirigidos por mujeres y que proporcionan más empleo que todas las grandes empresas juntas. Olvidémonos de China, India e Internet. El crecimiento económico está dirigido por mujeres" (T. Peters, entrevista publicada en infoempleo.com -grupo Vocento-, 10 diciembre de 2006, p. 5).

DOCTRINA

2. El conocimiento como fuente de productividad y anulación de la discriminación

En la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 6 de octubre de 2006, relativa a las directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión para el periodo 2007-2013², aparece, como una de las pautas a tener siempre presente a la hora de aplicar esfuerzos de los diferentes agentes sociales y para lo que se destinarán fondos monetarios concretos, lo siguiente:

“La igualdad entre hombres y mujeres y la prevención de la discriminación por motivos de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual constituyen principios fundamentales de la política de cohesión y deben integrarse en todos los niveles del enfoque estratégico en materia de cohesión”³.

Es tal la importancia de esta cuestión que, en todas aquellas acciones para las que se soliciten fondos, la Unión Europea exigirá que se haya tenido en cuenta, entre otros, el punto anteriormente citado para siquiera considerarlas. Esta Decisión compone una elaborada y completa norma de la que no resulta difícil realizar un estudio detallado, dada la riqueza y amplitud de aspectos que trata. No obstante, se detallarán en este artículo algunos puntos concretos que merecen ser objeto de comentario por la relación estrecha que guarda con los objetivos que se han indicado en el epígrafe introductorio de este trabajo.

En concreto, una de las directrices estrechamente conectadas a la fórmula “mujer, tecnología y trabajo” hace referencia a un punto crucial para su mejor desarrollo: el conocimiento. En efecto, la directriz 1.2 se enuncia como “Mejorar los conocimientos y la innovación en favor del crecimiento” y se indica lo siguiente:

“Los objetivos de crecimiento y creación de empleo de la Unión exigirán un cambio estructural de la economía hacia actividades basadas en el conocimiento. Esto exige actuar en varios frentes: abordar los bajos niveles de investigación y desarrollo tecnológico (IDT), especialmente en el sector privado; promover la innovación mediante productos, procesos y servicios nuevos o mejorados, que puedan soportar la competencia internacional; aumentar la capacidad regional para generar y absorber nuevas tecnologías (en particular, TIC) y, finalmente, prestar más apoyo a la asunción de riesgos. (...)”

La diferencia en términos de IDT e innovación en el interior de los países y entre ellos, especialmente por lo que respecta al gasto de las empresas en IDT, es mucho mayor que la diferencia de renta. A pesar de la combinación de iniciativas nacionales y comunitarias emprendidas, es necesario actuar más para que la oferta de IDT de las instituciones públicas y privadas satisfaga las necesidades de las empresas. La brecha de la innovación en Europa con otras economías líder se está ampliando. También dentro de Europa, la brecha de innovación persiste, ya que con demasiada frecuencia la Unión no transforma el conocimiento y el desarrollo tecnológico en productos y procesos comerciales. La política de cohesión puede contribuir a tratar los principales problemas que subyacen bajo el mal rendimiento de Europa en innovación, como la ineficiencia de los sistemas de innovación, la insuficiencia de dinamismo empresarial o la lentitud con que las empresas adoptan las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En este contexto, es necesario mejorar las capacidades nacionales y regionales de IDT, apoyar la inversión en infraestructuras de las tecnologías de la información y las comunicaciones y difundir la tecnología y los conocimientos a través de los mecanismos apropiados de transferencia tecnológica e intercambio de conocimientos. La «previsión» regional y otros métodos de planificación estratégica regional podrían fomentar una mejor utilización del potencial de IDT existente, incluido un diálogo periódico y sistemático con las principales partes interesadas.

También es importante mejorar la capacidad de absorción de IDT de las empresas, especialmente las PYMES, para promover la creación y la explotación de un mayor acervo de investigación de alta calidad en Europa; incrementar la inversión privada y pública en IDT e innovación, y fomentar las asociaciones de IDT en las diferentes regiones de la Unión. Por ejemplo, las plataformas tecnológicas europeas ofrecen la posibilidad de adaptar mejor los programas de investigación a las necesidades de las empresas, mientras que la política de cohesión puede contribuir significativamente a apoyar la implementación de sus programas estratégicos de investigación en las regiones menos desarrolladas. (...)”

Por lo tanto, las estrategias regionales deben centrarse en invertir en IDT, innovación e iniciativa empresarial; garantizar que estas inversiones respondan a las necesidades de desarrollo económico de la región y que existe la capacidad de transformarlas en productos comerciales, procesos y servicios innovadores; mejorar la transferencia de tecnologías y el intercambio de conocimientos; promover el desarrollo, la difusión y la penetración de las tecnologías de la información y las comunicaciones en

² Es la Decisión 2006/702/CE y ha sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de octubre de 2006.

³ Punto 15 de la Decisión.

DOCTRINA

las empresas, y velar por que las empresas dispuestas a invertir en productos y servicios de alto valor añadido tengan acceso a la financiación. Dichas estrategias deberían prever medidas específicas de prospección a fin de aumentar la capacidad de las intervenciones políticas y las organizaciones intermediarias y estimular la innovación entre los agentes locales y regionales, especialmente las PYMES”.

En esta directriz se diseñan las líneas básicas a seguir para desarrollar proyectos que ayuden a las empresas al aumento de su capacidad productiva y, para esto, resalta la necesidad de la importancia del conocimiento adecuado, más concretamente, de las nuevas tecnologías. Efectivamente, profundizando aún más en sus implicaciones reales, es posible afirmar que el mayor número de fracasos o estancamientos empresariales viene originado por una falta de gestión del conocimiento y que, debemos aclarar, no siempre está ligada a la falta de innovación tecnológica.

Es por ello necesaria la existencia de proyectos dirigidos a paliar esta carencia. Si todas las empresas pudieran acudir de modo ágil y sostenible, también desde el punto de vista económico, a actividades de consultoría que les ayudaran en sus procesos productivos serían capaces de salvar e, incluso, adelantarse a los obstáculos que se presentan en la vida evolutiva de cualquier empresa. En numerosas ocasiones, sobre todo en el caso de pequeñas y medianas empresas, la capacidad de conocimientos relativos al desarrollo empresarial, suele ser escasa debido a la propia configuración y nacimiento que suelen tener este tipo de empresas. Y aunque esto no resulte desconocido para quienes las crean, a menudo se ven incapaces de poder solucionar dicho problema por los grandes costes que conllevan este tipo de actividades que, además, tendrían que ser continuas como es continuo el desarrollo de esas empresas.

Si a esto unimos las dificultades existentes para la mujer en el mundo laboral, nos encontramos con una merma de productividad social bastante considerable. Para evitarla no basta con otorgar subvenciones y aportar inyecciones económicas directas. La gestión del conocimiento, hoy día tan imprescindible, debe llevarse de un modo real y práctico a todas esas empresas y más en concreto a todas las dirigidas por mujeres y que aún no han podido desarrollar completamente su negocio. No es difícil ver, en este punto, una de las manifestaciones anudadas al “techo de cristal” que acompaña frecuentemente a la posición social y económica de las mujeres.

Hoy día y dependiendo de cada región, existen diferentes tipos de mecanismos para paliar o disminuir este problema. Son muchas las entidades, tanto públicas como privadas, que organizan diferentes eventos u ofrecen ayudas concretas. Pero esto, aún siendo muy valorado e importante, sigue siendo insuficiente para solucionarlo.

Una de las soluciones sería ofrecer mecanismos de consultoría económica ligados a las nuevas tecnologías. Es ya posible desarrollar aplicaciones y softwares capaces de adaptarse al medio concreto para ofrecer dicha consultoría a través de internet y otros medios tecnológicos, consiguiendo de este modo no sólo abaratar los costes, sino además un acompañamiento continuo a la vida de la empresa.

Aun si querer entrar en detalles específicos de este tipo de proyectos, por no ser el propósito de este artículo, nos detendremos brevemente aquí por considerarlos un buen camino para realmente paliar el problema del acceso a la información, ayudando a quienes dirigen empresas a determinar las directrices para aumentar sus capacidades productivas, a la vez que afrontar los nuevos retos que conlleva el actual mundo globalizado. Estos aspectos implican necesariamente cambios estratégicos en las empresas sin los cuales es fácil llegar al fracaso.

Gracias a internet, al cual se puede tener acceso desde casi cualquier punto, el acceso a este tipo de aplicaciones resultaría cómodo, rápido y, sobre todo, constante y económico. Desde este tipo de plataformas de consultoría, las correspondientes aplicaciones informáticas diseñadas pretenden ayudar a la toma de decisiones empresariales. El software en concreto se debería desarrollar mediante mecanismos de inteligencia artificial convirtiéndose en algo más que un buen sistema experto, ya que así es capaz de irse adaptando a las nuevas situaciones del mercado. A la vez, transmite la experiencia acumulada por múltiples casos reales y expertos consolidados en cada tema.

Creemos que esto puede ser un modo eficaz de construir ese modelo plural europeo de excelencia empresarial y la directriz 1.2.1 de la Decisión aquí comentada recalca esta cuestión: “La competitividad de las empresas europeas depende de manera crucial de su capacidad para incorporar con la mayor rapidez posible nuevos conocimientos al mercado”. Gracias a estas plataformas realmente se consigue ofrecer un acceso al conocimiento necesario para que una empresa pueda resultar competitiva y otorgar un mecanismo que subsane las dificultades de inversión económica que suelen tener la mayoría de las empresas pequeñas y medianas en el estudio de las estrategias a seguir.

DOCTRINA

Es en esta misma línea de actuación donde la Decisión puntualiza que “las directrices para la acción en el ámbito de la investigación y el desarrollo tecnológico son las siguientes:

fortalecer la cooperación entre las empresas y entre estas y las instituciones públicas de investigación y enseñanza superior, entre otras cosas, apoyando la creación de agrupaciones de excelencia regionales y transregionales,

apoyar las actividades de IDT en las PYMES y la transferencia tecnológica (facilitando a las PYMES el acceso a los servicios de IDT de las instituciones de investigación públicas),

apoyar las iniciativas transfronterizas y transnacionales regionales destinadas a fortalecer la colaboración en materia de investigación y a crear capacidad en las áreas prioritarias de la política de investigación de la UE,

fortalecer la creación de capacidad en I+D, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, las infraestructuras de investigación y el capital humano en ámbitos con un potencial de crecimiento significativo”.

Otra de las directrices marcadas en la Decisión se orienta a facilitar la innovación y promover la iniciativa empresarial⁴. Pensamos que sigue resultando difícil promover esta iniciativa empresarial, especialmente en el caso de las mujeres, derivada también de la falta de corresponsabilidad. Ciertamente hay que conseguir puntualizar el marco normativo sin que la iniciativa empresarial se vea ahogada en su mismo nacimiento. En concreto, son medidas reales de apoyo a esta iniciativa empresarial la reducción de trabas burocráticas ligadas a estos procesos, la reducción de impuestos en los comienzos de estas actividades, la estabilidad y flexibilidad en la contratación laboral, los créditos avalados por los propios poderes públicos, las subvenciones a fondo perdido, entre otras. Todas son medidas que solucionarían algunos de los problemas por las que pasan los proyectos empresariales en sus comienzos y que, en múltiples ocasiones, inciden mucho en su fracaso.

Lógicamente, la iniciativa empresarial se debe hacer presente en los diversos niveles formativos y, por eso, esa misma directriz indica que “en los centros de enseñanza debe fomentarse también la educación en iniciativa empresarial”. Entendemos que en esta educación no sólo se deben reflejar los conocimientos necesarios para facilitar la creación de empresas, sino también ofrecer la visión real de la necesidad de apoyar la producción de la sociedad.

3. Igualdad de oportunidades en el mundo laboral. Mejores puestos de trabajo

En la Decisión que se está tratando, que indica las pautas de actuación para el siguiente período financiero en la Unión Europea cara a la inversión de los fondos europeos en materia de cohesión, se puntualiza la preocupación por la productividad de los países miembros de la Unión estableciendo una directriz para mejorar y aumentar los puestos de trabajo y, de este modo, apoyar el aumento del capital humano. Con el nombre de “Más y mejores puestos de trabajo”, se dice:

“Con el relanzamiento de la estrategia de Lisboa, el Consejo Europeo hizo suyo un conjunto único de directrices que reunía las directrices generales para las políticas económicas y las directrices de la estrategia europea de empleo (DO L 205 de 6.8.2005, p. 21), integrando de este modo las políticas macroeconómicas, microeconómicas y de empleo en favor del crecimiento y el empleo. De acuerdo con el Reglamento relativo a los Fondos (Artículo 2 del Reglamento (CE) no 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre el Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1784/1999: DO L 210 de 31.7.2006, p. 12), en el ámbito del empleo y los recursos humanos las prioridades de las directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión son las de la estrategia europea de empleo (COM, 2005, 141 de 12.4.2005), completadas por las recomendaciones de la UE en materia de empleo, que establecen prioridades para cada país.

El impulso hacia el pleno empleo y el aumento de la productividad dependen de una gran variedad de acciones, incluidas las comentadas anteriormente. La inversión en infraestructuras, el desarrollo empresarial y la investigación mejoran las oportunidades de empleo a corto plazo, como resultado de los efectos directos, y a largo plazo, como resultado de su efecto positivo en la productividad y la competitividad. A fin de maximizar el efecto de estas inversiones en el empleo y la creación de puestos de trabajo permanentes de elevada calidad, es preciso seguir desarrollando y mejorando el capital humano.

Por lo que respecta al desarrollo del capital humano, en las directrices para las políticas de empleo se destacan tres prioridades de actuación para las políticas de los Estados miembros:

⁴ Se trata de la 1.2.2.

DOCTRINA

- atraer a más personas para que se incorporen y permanezcan en el mercado laboral y modernizar los sistemas de protección social,
- mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas y aumentar la flexibilidad de los mercados laborales,
- incrementar la inversión en capital humano mejorando la educación y las cualificaciones”⁵.

Este aumento de capital humano necesario ha de ir ligado a entender la lucha contra la discriminación laboral en un sentido más amplio del que actualmente comprende, incorporando también las acciones tendentes a erradicar dicha discriminación ajustando los puestos de trabajo a la realidad social e, incluso, personal actual. Esto es más urgente, precisamente, en esa parte del capital humano hasta ahora más desfavorecido. Además, esa adecuación a las características concretas de las personas, en contra de lo que pueda parecer incluso en términos económicos, produce mayores beneficios para las empresas y la sociedad por el simple hecho de aumentar dicho capital humano productivo: en concreto, se describe como “la revolución de la flexibilidad”⁶. Se comprende bien que, en esa línea, la Presidencia finlandesa de la Unión Europea, durante el segundo semestre de 2006, haya dedicado tantos esfuerzos a las exigencias derivadas de la flexibilidad, estabilidad y seguridad, acuñando incluso el concepto de *flexicurity*.

En este punto se debe resaltar que esta viable implicación de las empresas en la atención a las circunstancias personales de sus trabajadores sin duda anula la discriminación. Si esto, además, se tiene en cuenta con las mujeres, realmente el incremento de la competitividad a todos los niveles sería bastante considerable. Es ésta una perspectiva, por supuesto sin descartar otras, en la que se debe incidir en los estados miembros de la Unión Europea, consiguiendo realmente la igualdad de oportunidades laboral para todos.

4. Medidas para favorecer la igualdad

En las últimas décadas se ha podido apreciar la expansión de la democracia y en su profundización, siendo evidente que su calidad impulsa la anulación de las discriminaciones en cuanto al poder productivo de cualquier persona, sea cual fuese su sexo, raza o religión. Dar la posibilidad de producir, y, por tanto, de obtener beneficios propios, a cualquier persona y la erradicación de la discriminación, es imprescindible para conseguir la democracia real.

Las mujeres integran una gran parte del capital humano con capacidad de producir aún no desarrollado plenamente y su real conciliación laboral y personal constituye tema principal a tener en cuenta ahora.

No se pretende hacer un listado exhaustivo de todas las medidas que pueden favorecer la igualdad, pero sí conviene centrarse en algunas de las posibles a tener en cuenta en el mundo empresarial para facilitar que el capital humano no productivo en la actualidad pueda incorporarse a este mercado laboral. Todas ellas, que se exponen brevemente a continuación, apoyan también uno de los puntos centrales en las directrices establecidas por la Unión Europea, en concreto, la permanencia en el mundo laboral⁷.

El primer punto a tratar sería la necesaria inversión en capital humano para la formación que debe darse a todas aquellas personas que, por su falta, no se han incorporado al mercado laboral o no se adecúan a él, sufriendo la permanencia laboral y, por tanto, la productividad y competitividad. Se deben “aplicar estrategias nacionales eficaces de formación continua para beneficio de las personas, las empresas, la economía y la sociedad” (punto 1.3.3 de la Decisión).

Algunas de estas medidas que queremos exponer, además del tan importante esfuerzo dirigido a paliar la falta de formación, podrían ser las siguientes:

- Un acceso real a incentivos y subvenciones, permitiéndolos depender más del proyecto a realizar que del capital inicial, activo o pasivo, del que muchas veces no se dispone.
- Paliar la falta de experiencia en los procesos ligados a la producción mediante un asesoramiento adecuado. Sin esta ayuda real una empresa está abocada al fracaso, aunque el valor del producto sea beneficioso y la idea de negocio totalmente aceptable.
- Reducir las trabas e impuestos inherentes en estos procesos, sobre todo en los inicios empresariales, consiguiendo así pasar de la idea a la producción en un menor número de pasos, y llegando, incluso, a no detenerse en defectos formales, que normalmente son subsanables fácilmente, pero que a día de hoy impiden que una empresa pueda centrarse en su capacidad productiva.

⁵ Directriz 1.3.

⁶ Coinciden en este diagnóstico tanto estudios económicos detallados, como ejemplos derivados de la práctica laboral. Este término de “revolución de flexibilidad” utiliza La Gaceta de los Negocios, de 12 de diciembre de 2006 (p. 3), para comentar el reportaje que BusinessWeek, en su edición de 11 diciembre de 2006, dedica a las prácticas que en este sentido ha implantado el gigante de venta electrónica Best Buy.

DOCTRINA

- Conseguir la conciliación personal y familiar, para lo que deben facilitarse directrices y normativas laborales adecuadas.
- Racionalizar los horarios, formando a los departamentos de recursos humanos en cuestiones aparentemente tan obvias como las franjas horarias más productivas o la consideración de los desplazamientos y programación de las reuniones, entre otras
- Propuestas de estabilidad laboral real, llegando a compromisos entre empleados y empleadores y ofreciendo ayudas concretas de los poderes públicos que permitan velar realmente por ambas partes. Se puede recordar aquí de los denominados “contratos basura” en su propio origen anulan la estabilidad laboral.
- Beneficios sociales, los cuales a veces son totalmente necesarios para la incorporación al mundo laboral como guarderías o transportes.
- Aumento del uso de las nuevas tecnologías, llegando incluso a favorecer la productividad mediante el teletrabajo.

Es evidente que no tener en cuenta estos puntos contribuya a un alto porcentaje de fracaso empresarial y laboral y, paradójicamente, son menos costosos de paliar que una inversión económica directa. Como ya se ha mencionado anteriormente, para llegar a la verdadera igualdad se hace preciso partir de la realidad personal y colectiva de las personas discriminadas o en situaciones desventajosas para, así, poder realmente facilitar la inserción en el mundo laboral.

Desde esta perspectiva, los diferentes poderes públicos y actores privados deben abordar acciones concretas para conseguir contrarrestar la merma de productividad originada por la discriminación. Asimismo, se debe favorecer y facilitar la cooperación entre empresas privadas que puedan ayudar en este campo y, lógicamente, existen múltiples campos de acción en los que todos estos agentes pueden participar. De hecho, están en funcionamiento diversos proyectos específicos en esta línea, pudiendo destacarse en este momento la Feria Internacional de Empresas de Mujeres (FIDEM), organizada por el Instituto Andaluz de la Mujer de la Junta de Andalucía desde 1999 y de la que acaba de celebrarse la tercera edición, con la peculiaridad de ser también desde año Feria de Negocios⁸.

Ciertamente la erradicación de la discriminación laboral, y, en concreto, la sufrida por la mujer, producirá que las capacidades productivas y competitivas se vean multiplicadas, redundando en un beneficio no sólo económico, sino social. En ese sentido, el punto número diez de la Decisión objeto de comentario establece que “la igualdad de trato entre hombres y mujeres es,

⁷ “1.3.1. Atraer a más personas para que se incorporen y permanezcan en el mercado laboral y modernizar los sistemas de protección social. Ampliar la base de la actividad económica, elevar los niveles de empleo y reducir el desempleo son factores vitales para que el crecimiento económico sea sostenible, para promover sociedades inclusivas socialmente y combatir la pobreza. El aumento de la participación en el empleo es tanta más necesaria habida cuenta de la disminución prevista de la población en edad de trabajar. En el marco de las directrices para el empleo se pide a los Estados miembros lo siguiente: aplicar políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial,

promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida, garantizar mercados de trabajo inclusivos, potenciar el atractivo del trabajo y hacer que trabajar resulte rentable para los solicitantes de empleo, incluidas las personas desfavorecidas y las personas inactivas, mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo. (...)

Una prioridad importante debe ser reforzar las medidas activas y preventivas del mercado de trabajo para superar los obstáculos que dificultan la incorporación o la permanencia en él y promover la movilidad de los solicitantes de empleo, los desempleados y los inactivos, los trabajadores de más edad y los expuestos a quedar desempleados.

La actuación debe centrarse en la prestación de servicios personalizados, tales como la ayuda en la búsqueda de empleo, la colocación y la formación a fin de adaptar las cualificaciones de los solicitantes de empleo y de los empleados a las necesidades de los mercados de trabajo locales. El potencial de empleo por cuenta propia y de creación de empresas, las cualificaciones en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones y la alfabetización digital deben tenerse plenamente en cuenta. Se debe prestar especial atención a lo siguiente:

aplicación del Pacto Europeo para la Juventud, facilitando el acceso de los jóvenes al empleo y la transición de la educación al trabajo, mediante medidas de orientación profesional, ayuda para terminar la educación y acceso a una formación y un aprendizaje adecuados,

aplicación del Pacto europeo para la igualdad entre hombres y mujeres mediante la integración de esta cuestión en todas las políticas y las acciones específicas para incrementar la participación de la mujer en el empleo, reducir la segregación en el empleo y combatir las diferencias de retribución por razón de género y la construcción de estereotipos de género, y promover entornos de trabajo más compatibles con la vida familiar, así como la conciliación de la vida profesional y privada. Es crucial facilitar el acceso a la asistencia infantil y a los servicios de cuidados para personas dependientes, junto con la incorporación de la perspectiva de género en las políticas y medidas, la sensibilización y el diálogo entre las partes interesadas,

actuación específica para fortalecer el acceso de los emigrantes al mercado laboral y facilitar su integración social, mediante la formación y convalidación de las competencias adquiridas en el extranjero, una orientación personalizada, formación lingüística, un apoyo adecuado a la iniciativa empresarial y la sensibilización de los empleadores y los trabajadores inmigrantes respecto a sus derechos y obligaciones, y el refuerzo del cumplimiento de las normas contra la discriminación.

Otra prioridad importante debe ser velar por que los mercados laborales sean inclusivos con las personas en situación de desventaja o expuestas al riesgo de exclusión social, como los alumnos que abandonan la escolaridad antes de tiempo, los desempleados de larga duración, las minorías y las personas con discapacidad. Esto exige un conjunto aún más amplio de medidas de apoyo para construir sendas de integración y combatir la discriminación.

El objetivo debe ser:

mejorar la empleabilidad de estas personas mediante el aumento de su participación en la educación y la formación profesional, una rehabilitación y unos incentivos y acuerdos laborales apropiados, así como el apoyo social y los servicios asistenciales necesarios, entre otras cosas mediante el desarrollo de la economía social,

luchar contra la discriminación y promover la aceptación de la diversidad en el lugar de trabajo mediante campañas de formación y sensibilización en las que deberían participar plenamente las comunidades locales y las empresas”.

⁸ Otras iniciativas con origen en el Instituto Andaluz de la Mujer han sido el programa VIVEM, de acompañamiento a la creación y consolidación de empresas para las mujeres andaluzas, creado en 1996 y el proyecto “Recursos para Emprendedoras”, impulsado en los años 1998-9. Una información amplia sobre la Feria internacional citada en el texto, en Meridiam, nº 41, especial monográfico FIDEM’06.

DOCTRINA

de conformidad con los artículos 2 y 3 del Tratado, un principio fundamental del Derecho comunitario. Las directivas y otros actos adoptados con arreglo al mismo desempeñan un importante papel en la mejora de la situación de las mujeres en la Unión. La experiencia adquirida con las medidas adoptadas a escala comunitaria demuestra que para fomentar la igualdad de género en las políticas de la Comunidad y luchar contra prácticas de discriminación es necesaria una combinación de instrumentos, incluida la legislación, los mecanismos financieros y las acciones de integración que tengan efectos sinérgicos. Conforme al principio de igualdad entre hombres y mujeres, debe promoverse la integración de la perspectiva de género en todas las secciones y acciones del programa”.

5. Discriminación en cuanto al tipo de trabajo

Nos sentimos obligados a realizar, aunque sea de un modo breve, una reflexión sobre este punto en cuestión, sin pretender ser exhaustivos, y aprovechando para enfocarlo de modo amplio, esto es, integrando en el análisis también una perspectiva de valoración real de los trabajos no remunerados.

Lo primero que queremos hacer notar es una cuestión que, por obvia, a veces puede pasar desapercibida: la productividad no sólo se mide en beneficios económicos directos. En concreto, ha de tenerse en cuenta que muchos trabajos realizados hoy día –y en numerosos casos, por mujeres-, no producen un beneficio directo, pero sí uno indirecto, aunque no por ello menos importante: no es exagerado considerar que sin esos beneficios difícilmente una sociedad podría prosperar. En ocasiones, sin embargo, un análisis superficial podría minusvalorarlos, cuando realmente se trata de trabajos de primera necesidad cuya ausencia supondría pérdidas considerables a nivel cuantitativo y cualitativo.

Si en el caso de estos trabajos básicos o de primera necesidad existe discriminación y, entre los modos en que esta se presenta, se puede citar la falta de una efectiva corresponsabilidad en su realización, se entra en un círculo vicioso: al ofrecer una imagen discriminatoria de tales trabajos y, por tanto, no ser queridos ejecutar por nadie, no se logra cimentar correctamente el crecimiento.

Dar una solución a este problema exige no sólo desarrollar actividades subvencionables, sino también aquellas otras relativas al fomento de su consideración económica y, de modo principal, aplicar el concepto dentro de los propios presupuestos de los diversos agentes públicos y privados implicados. Sólo de este modo se consigue una verdadera conciliación a nivel general o, más particularmente, a nivel personal y laboral. La implementación de beneficios sociales (como guarderías, transportes o sostenibilidad, entre otros) y la racionalización de los horarios laborales exigen, en primer lugar, una concienciación social y empresarial. Un decidido impulso en este ámbito se está produciendo por la creciente incorporación de las exigencias y prácticas derivadas de la responsabilidad social corporativa o empresarial (RSC) a niveles públicos y privados.

6. Conclusión

En cuanto a la posibilidad de hacer efectivas todas estas directrices, resulta evidente la necesidad de aunar esfuerzos en un programa único y racionalizado como reconoce el Consejo de la Unión Europea⁹. Por eso, llevar a la práctica acciones pertinentes y eficaces pasan por otorgar capacidades reales a las mujeres particularmente en el sector empresarial, no sólo a través de subvenciones como de ofrecer las ayudas necesarias ligadas a los procesos de producción, empezando por la formación individual y la necesidad de sensibilización social.

Hemos pretendido hacer unas breves reflexiones tratando de describir y analizar los recientes procesos y directrices de la Unión Europea relativos a esta cuestión. Pero no se quiere dejar de resaltar una conclusión: el apoyo real y constante a la mujer en el mundo laboral es de capital importancia en términos de desarrollo y crecimiento.

⁹ “Conforme al propósito declarado por la Comisión de consolidar y racionalizar los instrumentos financieros de la Comunidad, la presente Decisión debe establecer un programa único y racionalizado que prosiga y desarrolle las actividades iniciadas con arreglo a la Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006), la Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005), la Decisión 50/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2001, por la que se aprueba un programa de acción comunitario a fin de fomentar la cooperación entre los Estados miembros para luchar contra la exclusión social, la Decisión no 1145/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a medidas comunitarias de estímulo del empleo, y la Decisión no 848/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establece un programa de acción comunitario para la promoción de las organizaciones que trabajan a escala europea en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, así como las actividades emprendidas a escala comunitaria en materia de condiciones de trabajo”.

LEGISLACIÓN

DECISIÓN 2006/702/CE DEL CONSEJO DE 6 DE OCTUBRE DE 2006 RELATIVA A LAS DIRECTRICES ESTRATÉGICAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE COHESIÓN¹⁰

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA [...] Considerando lo siguiente: [...]

15) La igualdad entre hombres y mujeres y la prevención de la discriminación por motivos de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual constituyen principios fundamentales de la política de cohesión y deben integrarse en todos los niveles del enfoque estratégico en materia de cohesión. [...]

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN: [...]

ANEXO

Directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión económica, social y territorial, 2007-2013

1. INTRODUCCIÓN: DIRECTRICES PARA LA POLÍTICA DE COHESIÓN, 2007-2013 [...]

En tercer lugar, los Estados miembros y las regiones deben perseguir también el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres en todas las fases de la preparación y la ejecución de los programas y proyectos. Esto puede hacerse mediante acciones específicas para promover la igualdad o luchar contra la discriminación, así como teniendo cuidadosamente en cuenta el modo en que otros proyectos y la gestión de los fondos pueden afectar a mujeres y hombres.

En cuarto lugar, los Estados miembros deben adoptar las medidas adecuadas para evitar toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual durante las distintas fases de ejecución de los Fondos. En particular, la accesibilidad para las personas discapacitadas es uno de los criterios que deben cumplirse en la definición de las operaciones cofinanciadas por los Fondos y que deben tenerse en cuenta en las distintas fases de ejecución. [...]

1.2.4. Mejorar el acceso a la financiación [...]

De acuerdo con estos principios, las directrices para la acción son las siguientes: [...]

establecer contactos directos con grupos específicos, como los empresarios jóvenes, las mujeres empresarias o grupos de personas en situación desfavorecida. [...]

1.3. Directriz: Más y mejores puestos de trabajo [...]

Por último, uno de los aspectos más visibles del valor añadido europeo de los Fondos Estructurales en el período 2000-2006 fue la ayuda proporcionada a los Estados miembros y las regiones para el intercambio de experiencias y la creación de redes en favor de la innovación. A este respecto, es preciso explotar la experiencia adquirida a través de la iniciativa comunitaria EQUAL mediante la integración de los principios sobre los que se asienta, a saber, la innovación, la transnacionalidad, la asociación y la integración de la igualdad entre hombres y mujeres.

1.3.1. Atraer a más personas para que se incorporen y permanezcan en el mercado laboral y modernizar los sistemas de protección social [...]

- aplicación del Pacto europeo para la igualdad entre hombres y mujeres mediante la integración de esta cuestión en todas las políticas y las acciones específicas para incrementar la participación de la mujer en el empleo, reducir la segregación en el empleo y combatir las diferencias de retribución por razón de género y la construcción de estereotipos de género, y promover entornos de trabajo más compatibles con la vida familiar, así como la conciliación de la vida profesional y privada. Es crucial facilitar el acceso a la asistencia infantil y a los servicios de cuidados para personas dependientes, junto con la incorporación de la perspectiva de género en las políticas y medidas, la sensibilización y el diálogo entre las partes interesadas, [...]

— luchar contra la discriminación y promover la aceptación de la diversidad en el lugar de trabajo mediante campañas de formación y sensibilización en las que deberían participar plenamente las comunidades locales y las empresas. [...]

¹⁰ Publicada en el DOUE, L 291, de 21 de octubre de 2006. Se publica parcialmente.

LEGISLACIÓN

DECISIÓN Nº 1672/2006/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 24 DE OCTUBRE DE 2006, POR LA QUE SE ESTABLECE UN PROGRAMA COMUNITARIO PARA EL EMPLEO Y LA SOLIDARIDAD SOCIAL — PROGRESS¹¹

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, su artículo 13, apartado 2, su artículo 129 y su artículo 137, apartado 2, letra a),

Vista la propuesta de la Comisión,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo,

Visto el dictamen del Comité de las Regiones,

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado,

(...)

DECIDEN:

Artículo 1. Creación y duración del programa

1. La presente Decisión establece el programa comunitario para el empleo y la solidaridad social, denominado Progress (en lo sucesivo «el programa»), destinado a apoyar financieramente la ejecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de empleo y asuntos sociales, conforme a lo establecido en la Comunicación de la Comisión sobre la Agenda Social y, de este modo, contribuir a alcanzar los objetivos de la Estrategia de Lisboa en dichos ámbitos.

2. El programa se extenderá del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2013.

Artículo 2. Objetivos generales

1. El programa tendrá los siguientes objetivos generales:

(...) b) apoyar, en los ámbitos cubiertos por el programa, el desarrollo de métodos e instrumentos estadísticos e indicadores comunes, en su caso desglosados por sexo y por grupo de edad;

(...) 2. Se promoverá la integración de la perspectiva de género en todas las secciones y acciones del programa.

Artículo 3. Estructura del programa

El programa se dividirá en las cinco secciones siguientes:

1) empleo;

2) protección e inclusión social;

3) condiciones de trabajo;

4) no discriminación y diversidad;

5) igualdad de género.

(...) Artículo 6. Sección 3: Condiciones de trabajo

La sección 3 apoyará la mejora del entorno y las condiciones

de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar, mediante:

a) la mejora de la comprensión de la situación de las condiciones de trabajo, especialmente mediante análisis, estudios y, cuando proceda, el desarrollo de estadísticas e indicadores, así como mediante la evaluación de la eficacia y la incidencia de la legislación, las políticas y las prácticas vigentes;

b) el apoyo a la aplicación de la legislación laboral de la Comunidad mediante un control eficaz, la organización de seminarios para los profesionales de dicho ámbito, la elaboración de manuales y la creación de redes entre los organismos especializados, incluidos los interlocutores sociales;

c) la puesta en marcha de acciones preventivas y el fomento de una cultura de prevención en materia de salud y seguridad en el trabajo;

d) el refuerzo de la sensibilización, la difusión de información y el fomento del debate sobre los principales desafíos y aspectos políticos en materia de condiciones de trabajo, en particular entre los interlocutores sociales y otras partes interesadas.

Artículo 7. Sección 4: No discriminación y diversidad

La sección 4 apoyará la aplicación efectiva del principio de no discriminación y fomentará su integración en todas las políticas de la Comunidad mediante:

a) la mejora de la comprensión de la situación en materia de discriminación, especialmente mediante análisis, estudios y, cuando proceda, el desarrollo de estadísticas e indicadores, así como mediante la evaluación de la eficacia y la incidencia de la legislación, las políticas y las prácticas vigentes;

b) el apoyo a la aplicación de la legislación de la Comunidad en materia de no discriminación mediante un control eficaz, la organización de seminarios para los profesionales de este ámbito y la creación de redes entre los organismos especializados en el ámbito de la lucha contra la discriminación;

c) el refuerzo de la sensibilización, la difusión de información y el fomento del debate sobre los principales desafíos y aspectos políticos en materia de discriminación, así como la integración de la no discriminación en todas las políticas de la Comunidad, en particular entre los interlocutores sociales, las ONG y otras partes interesadas;

¹¹ Publicada en el DOUE L315, de 15 de noviembre de 2006. Se publica parcialmente.

LEGISLACIÓN

d) el desarrollo de la capacidad de las principales redes de la Comunidad para fomentar y desarrollar objetivos políticos y estrategias de la Comunidad en el ámbito de la lucha contra la discriminación.

Artículo 8. Sección 5: Igualdad de género

La sección 5 apoyará la aplicación efectiva del principio de igualdad de género y fomentará la integración de la perspectiva de género en todas las políticas de la Comunidad mediante:

- a) la mejora de la comprensión de la situación de las cuestiones relativas a la igualdad de género y a la integración de la perspectiva de género, especialmente mediante análisis, estudios y el desarrollo de estadísticas y, cuando proceda, de indicadores, así como mediante la evaluación de la eficacia y la incidencia de la legislación, las políticas y las prácticas vigentes;
- b) el apoyo a la aplicación de la legislación de la Comunidad en materia de igualdad de género mediante un control eficaz, la organización de seminarios para los profesionales de este ámbito y la creación de redes entre los organismos especializados en el ámbito de la igualdad de género;
- c) el refuerzo de la sensibilización, la difusión de información y el fomento del debate sobre los principales desafíos y aspectos políticos relativos a la igualdad de género y a la integración de la perspectiva de género entre los interlocutores sociales, las ONG y otras partes interesadas;
- d) el desarrollo de la capacidad de las principales redes de la

Comunidad para apoyar y desarrollar las estrategias y los objetivos políticos de la Comunidad para fomentar la igualdad de género.

(...) Artículo 17. Financiación

1. Para el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2013, la dotación financiera para la ejecución de las actividades comunitarias previstas en la presente Decisión será de 657 590 000 EUR (*).

2. Para todo el período de duración del programa, el desglose financiero entre las diferentes secciones deberá respetar los siguientes límites mínimos:

Sección 1Empleo	23 %
Sección 2Protección e inclusión social.....	30 %
Sección 3Condiciones de trabajo	10 %
Sección 4No discriminación y diversidad	23 %
Sección 5Igualdad de género	12 %

(...) Artículo 20. Entrada en vigor

La presente Decisión entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Hecho en Estrasburgo, el 24 de octubre de 2006.

Por el Parlamento Europeo

El Presidente

J. BORRELL FONTELLES

Por el Consejo

La Presidenta

P. LEHTOMÄKI

LEY 33/2006, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDEN DE SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS¹²

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Actualmente la posesión de un título nobiliario no otorga ningún estatuto de privilegio, al tratarse de una distinción meramente honorífica cuyo contenido se agota en el derecho a usarlo y a protegerlo frente a terceros.

En la concesión de dignidades nobiliarias de carácter perpetuo, a su naturaleza honorífica hay que añadir la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, razón por la cual la sucesión en el título queda vinculada a las personas que pertenezcan al linaje del beneficiario de la merced. Este valor puramente simbólico es el que justifica que los títulos nobiliarios perpetuos subsistan

en la actual sociedad democrática, regida por el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Sin embargo, las normas que regulan la sucesión en los títulos nobiliarios proceden de la época histórica en que la nobleza titulada se consolidó como un estamento social privilegiado, y contienen reglas como el principio de masculinidad o preferencia del varón sin duda ajustadas a los valores del antiguo régimen, pero incompatibles con la sociedad actual en la cual las mujeres participan plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Esta plena igualdad del hombre y la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales se reconoce en la Convención para la

¹² Publicada en el BOE núm. 260, de 31 de octubre.

LEGISLACIÓN

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por España en 1984.

El principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando éstas son reconocidas y amparadas por las leyes. Los sucesivos poseedores de un título de nobleza perpetuo se limitan a mantener vivo el recuerdo de un momento de nuestro pasado histórico. Es justo que la presente Ley reconozca que las mujeres tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquél de sus antepasados que, por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey.

Artículo 1.

El hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos.

Artículo 2.

Dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y de grado o sólo de grado en ausencia de preferencia de línea o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer.

En estos supuestos, los jueces y tribunales integrarán el orden sucesorio propio del título aplicando el orden regular de suceder en las mercedes nobiliarias, en el cual, conforme a lo prevenido por el artículo anterior, no se prefiere a las personas por razón de su sexo.

Disposición transitoria única.

En la aplicación de la presente Ley a los títulos nobiliarios concedidos antes de su vigencia se observarán las siguientes normas:

1. Las transmisiones del título ya acaecidas no se reputarán inválidas por el hecho de haberse realizado al amparo de la legislación anterior.
2. Si se pretendiera la rehabilitación de un título nobiliario vacante, se reputarán válidas las transmisiones realizadas conforme a la legislación anterior hasta su último poseedor legal, con respecto del cual y observando las previsiones de esta Ley, habrá de acreditarse la relación de parentesco por quien solicite la rehabilitación.

3. No obstante lo previsto por el apartado 1 de esta disposición transitoria, la presente Ley se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de ley en el Congreso de los Diputados. La autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso concederá de oficio trámite a las partes personadas a fin de que aleguen lo que a su derecho convenga de conformidad con la nueva Ley en el plazo común de cinco días.

4. Quedan exceptuados de lo previsto en el apartado anterior aquellos expedientes en los que hubiera recaído sentencia firme en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley.

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Disposición final primera.

Se habilita al Gobierno para desarrollar, a propuesta del Ministro de Justicia, lo previsto en la presente Ley.

Disposición final segunda.

Esta Ley entrará en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado». [...]

REFLEXIONES A LA LEY 33/2006, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDEN DE SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

Sorprendida es la palabra que mejor describe el estado de ánimo que la lectura de esta ley me produjo por varias razones que trataré de explicar. La primera de ellas es de carácter formal. La Ley es breve, escasos dos artículos, una disposición transitoria única con una gran enjundia, otra derogatoria y dos finales y, sobre todo, una "Exposición de Motivos" que no tiene desperdicio y donde se le resta toda importancia al asunto que se regula porque «la concesión de dignidades nobiliarias de carácter perpetuo tiene una naturaleza honorífica» y un «valor puramente simbólico». No estoy plenamente de acuerdo con esta afirmación pues está claro que el uso de los títulos nobiliarios supone el homenaje y reconocimiento a las especiales cualidades de un ante-

LEGISLACIÓN

pasado que mereció la concesión primigenia de la dignidad, y tiene por tanto un importante componente sentimental de gratitud unido al linaje que refuerza los vínculos familiares para quien los disfruta, del que en ningún caso puede ser privada la mujer por razón de su sexo.

Centrándonos en el fondo, dos cuestiones merecen ser tenidas en cuenta. A) La primera es la evolución normativa y jurisprudencial¹³ que ha tenido el asunto en nuestro pasado legislativo, respecto a lo cual cabe decir que en el tema de la sucesión de los títulos nobiliarios -regulados por lo general históricamente conjuntamente con el de sucesión en la Corona¹⁴-, podemos distinguir cuatro etapas bien diferenciadas. Una primera que partiendo de la Edad Media abarcaría hasta el año 1986 donde los derechos de sucesión de la nobleza estaban basados en los criterios de masculinidad, primogenitura y representación. Una segunda etapa que comprendería los años transcurridos entre 1987 y 1997 donde se emiten once sentencias del TS, dos de ellas refrendadas por el propio TC, favorables a la sucesión de títulos nobiliarios de la mujer. Una tercera que abarcaría desde la polémica sentencia de 3 de Julio de 1997, en la que de nuevo se acoge el principio de preferencia del varón en materia nobiliaria¹⁵, hasta la promulgación de la ley 33/2006¹⁶. Y, por último, una cuarta etapa a raíz de la entrada en vigor de la norma que comento. B) Un breve análisis del contenido e importancia de la misma constituye el segundo aspecto de interés sobre el fondo de los mencionados al principio. Esquemáticamente

por razones de espacio hay que destacar entre sus logros que: 1. Elimina la discriminación por razón de sexo en la sucesión de las Grandezas de España y otros títulos nobiliarios. Puesto que «el principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas» y además las mujeres «tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquel de sus antepasados que, por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey». En definitiva, la ley considera que «el principio de masculinidad o preferencia del varón» que regía hasta su aprobación en la sucesión de los títulos nobiliarios es «incompatible con la sociedad actual en la cual las mujeres participan plenamente de la vida política, económica, cultural y social» y 2. Pretende consagrar el principio de seguridad jurídica evitando las oscilaciones jurisprudenciales a las que he hecho alusión en las líneas que anteceden puesto que esta norma permitirá que en la práctica forense se aplique «el orden regular de suceder en las mercedes nobiliarias, en el cual no se prefiere a las personas por razón de su sexo», mientras que entre sus fallos o incongruencias no puedo dejar de hacer mención a: 1. Deja al margen la sucesión en los títulos de la Corona, los vinculados tradicionalmente al sucesor al Trono y los de la Casa Real que se rigen por su propia normativa, cuestión que constituye una novedad histórica tal y como se puede observar en nota 2. Al suprimirse del texto de la ley toda alusión a la sucesión mo-

¹³ Son muy frecuentes las sentencias que recurren al Derecho histórico en materia de títulos nobiliarios, sobre todo respecto al orden sucesorio. Sobre este particular se muestra muy documentada y merece la pena consultarse Patricia Zambrana Moral, Historia jurídica: Valoraciones crítico-metodológicas, consideraciones doctrinales alternativas y espacio europeo, Zaragoza-Barcelona, 2006.

¹⁴ En lo relativo a la sucesión en la Corona la STS núm. 921/1993 (Sala de lo Civil), de 13 de octubre, planteaba la diferencia entre la sucesión a la Corona y a los mayorazgos, partiendo de la Ley 40 de Toro —según la cual, nacidos los mayorazgos de la autonomía de la voluntad como acto de ejercicio de una prerrogativa real, puede quien lo instituye establecer el régimen sucesorio y sólo cuando no se establezcan reglas se aplicarán las disposiciones contenidas en dicho precepto- y de Partidas, II, 15, 2 -se establece para el caso de muerte de todos los descendientes que debe heredar «el Reyno el más propincuo pariente que oviessi, seyendo ome para ello, non aviendo fecho cosa, porque lo deviesse perder», criterio ratificado por la Novísima Recopilación, III, 1, 5 al deferir la sucesión a la Corona al «primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra». Y este régimen sucesorio de la Corona se suele entender aplicable a «los grandes señores de la tierra que la han de mantener en justicia y libertad» Se argumenta que la STS de 17 de octubre de 1984 «además de reiterar el criterio, disipa todas las dudas» ya que prescindió de aplicar la Ley 40 de Toro y la Pragmática de 5 de abril Felipe III (Novísima Recopilación, X, 17, 9), que fue derogada por Felipe V en 1713. En el principio de propincuidad insiste la STS núm. 265/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 de abril, (aunque reconoce que «la piedra angular en las sucesiones nobiliarias no es la propincuidad, sino la representación» porque «efectivamente, la aplicación de la Partida II y de la Ley 5ª de la Novísima Recopilación, que rigen la Sucesión en la Corona de España, y que se aplica a la de los Títulos Nobiliarios en línea regular (carentes de regulación propia sobre la sucesión en la Carta de Concesión), parte en la descendencia colateral, del «principio de propincuidad» o de mayor proximidad (mejor grado y mayor edad, y según la Ley, en la línea de descendencia entre ellos, a falta, en uno de los grados, de varón, se permite la de la mujer, que es cosa distinta de la resuelta en su día por la Sentencia de la Audiencia de Sevilla) y de acuerdo con ello, como la Sentencia del Juzgado lo ha aplicado, procede mantenerla en este aspecto».

¹⁵ Me refiero a la STC. núm. 126/1997 (Pleno), de 3 de julio, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Madrid respecto al artículo 1º de la Ley de 4 mayo 1948; el artículo 5 del Decreto de 4 junio 1948; el artículo 13 de la Ley de Desvinculación de 1820; las Leyes 8 y 9, del Título 17, del Libro X de la Novísima Recopilación y Partidas, II, 15, 2, por supuesta vulneración del artículo 14 de la Constitución española, en relación con el orden de sucesión en los títulos nobiliarios. Se desestima estableciendo que «la legislación histórica aplicable a la sucesión regular en los títulos nobiliarios y, en particular, la Partida, II, 15, 2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, aplicable en virtud de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el art. 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, no es contraria al art. 14 CE». Esta sentencia será tomada como referencia básica por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su fallo núm. 129/1999, de 19 de febrero, manteniendo idéntica línea argumental; así como en los de 13 de diciembre de 1997 (núm. 1114/1997 y núm. 1115/1997). En la STS núm. 468/2000 (Sala de lo Civil), de 11 de mayo, se insiste que Partidas, II, 15, 2 (donde se contienen las reglas de sucesión a la Corona y a los mayorazgos regulares) constituye una disposición básica, habida cuenta de que el orden de suceder en las dignidades nobiliarias se atiene a lo dispuesto en la concesión y, en su defecto, a lo establecido en la sucesión de la Corona española, en la que se sigue el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la hembra, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos. Asimismo, remite a las Leyes 40 y 45 de Toro (esta última se incluye en Novísima Recopilación, XI, 24, 1) y a la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804 (Novísima Recopilación, VI, 1, 25). La misma disposición de Partidas, II, 15, 2, en materia de títulos nobiliarios e insistiendo en que el «principio de masculinidad en títulos nobiliarios no presenta carácter discriminatorio», se recoge en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 173/2004, de 10 de marzo; así como en la STS núm. 1247/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 diciembre. Se ha de decir que la varias veces citada ley de Partidas de esta nota no recoge una tradición castellana precedente sino que su redacción está inspirada en la glosa boloñesa.

¹⁶ En este periodo, todas las sentencias que se han publicado han sido favorables a los intereses masculinos y las mujeres descendientes de nobles se han visto abocadas a interponer recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo fundamentados en el art. 14 de CE y en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer adoptada en Nueva York, el 18 de Diciembre de 1979 y ratificada por España en 1984, ambos textos contrarios a cualquier discriminación por cuestión de sexo.

LEGISLACIÓN

nárquica, cualquier reforma acerca de la subida al Trono de una mujer por delante de un varón deberá hacerse mediante la reforma de la Constitución. 2. En cuanto a la retroactividad, la redacción de la Disposición Transitoria Única es profusa y confusa por lo que su aplicación no quedará en el futuro exenta de polémica. En este aspecto pueden darse cuatro situaciones, a saber: a) transmisiones de títulos realizadas conforme a la legislación anterior. Son válidas a la luz de la nueva ley; b) rehabilitación de títulos. Válidas las transmisiones realizadas hasta su último poseedor legal y a partir de éste se aplica la nueva ley; c) *expedientes pendientes de resolución judicial o administrativa en instancia o en vía de recurso a 27 de Julio de 2005*, día en que se presentó la propuesta de ley en el Congreso, y los promovidos a partir de esa fecha. Rige la ley 33/2006 y d) "expedientes en los que hubiera recaído sentencia firme en el momento de la entrada en vigor de la ley". Quedan exceptuados de la aplicación de la ley 33/2006. De estos cuatro supuestos el c) es el que mayores problemas plantea *a priori*, pues al no tratarse de una ley especial lo esperado hubiera sido que entrase en vigor veinte días después de su publicación íntegra en el BOE y con efecto a fecha de su aprobación; por tanto, la retroacción de los efectos de la Disposición Transitoria a la fecha antes mencionada concuerda, a mi entender, los principios de seguridad jurídica y publicidad de las normas y, 3. La ley 33/2006 no elimina la

discriminación pues si bien incide en la igualdad por razón de sexo mantiene la preferencia por razón de edad. En conclusión, la ley que comento, que a primera vista parece lógica con los tiempos actuales, no logra solucionar la problemática derivada de la sucesión de títulos nobiliarios al tratarse en suma de un absurdo particularismo del que el legislador ha tardado veintiocho años, contados desde la CE, en darse cuenta. ¿Por qué si se trata de un reconocimiento de una situación anterior al régimen democrático -en su mayoría surgida en la Edad Media- y el objetivo no es sino «mantener viva la memoria histórica», ahora se tratan de cambiar los parámetros en los cuales dichos títulos fueron concedidos tal y como parece indicar el art. 2º aludiendo a una situación preconstitucional y a todas luces anticonstitucional¹⁷ pues no va en consonancia con el texto del Preámbulo de la propia CE que proclama el respeto a las tradiciones e instituciones? ¿No sería mejor solución, al objeto de evitar discriminaciones por cualquier motivo que la sucesión en el uso de un determinado título nobiliario fuera por designación del que lo ostenta en ese momento siempre con unas condiciones mínimas razonadas fijadas por los propios nobles? ¿Por qué ha salido adelante esta Ley 33/2006 de marcado carácter particularista anticipándose a la Ley de Igualdad? (María Encarnación Gómez Rojo, Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad de Málaga).

REAL DECRETO 1202/2006, DE 20 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE DESTINOS DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO 431/2002, DE 10 DE MAYO¹⁸.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dedica su título II, capítulo III, a los derechos de las funcionarias públicas que sean víctimas de violencia de género. Estos derechos se refieren a tres ámbitos concretos: reducción o reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica y situación de excedencia voluntaria.

En lo que se refiere a la movilidad geográfica, la disposición adicional novena de la propia Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, ha modificado la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, permitiendo que las funcionarias civiles víctimas de violencia de género pudieran solicitar el cambio de puesto de trabajo. Posterior-

mente, el Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo, que ha modificado el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, estableció el procedimiento para hacer valer el derecho de cambio de puesto de trabajo.

La importancia de estas medidas para la protección integral contra la violencia de género aconseja que los cambios experimentados en el ámbito de la Administración General del Estado sean recogidos en el Reglamento de destinos del personal militar profesional, de manera que las militares que se-

¹⁷ La STS núm. 96/1996 (Sala de lo Civil), de 13 de febrero, indica que «la sucesión de los Títulos o dignidades nobiliarias se rige por el orden regular que tradicionalmente se ha seguido en la materia, a tenor de lo preceptuado en el artículo 5 del Decreto de 4 junio de 1948, en cuanto se remite al art. 1 de la Ley (...) de 4 mayo 1948, y en defecto de lo dispuesto en la Carta de creación del mismo, cuando, en efecto, existe un orden específico para suceder en dicha Carta. Esta disposición no ha sido derogada ni modificada. Está plenamente vigente y a ella hay que atenerse para deferir esta sucesión, la cual, por tanto, en los títulos nobiliarios debe ajustarse a las previsiones contenidas en ese artículo 5.º del Decreto 4 junio 1948, que por remisión al artículo 13 de la Ley desvinculadora de 27 septiembre 1820, conecta con la Ley 2, Título XV, Partida Segunda, Ley XL de Toro, y Leyes 8 y 9 del Título XVII del libro X de la Novísima Recopilación, que establecen la preferencia absoluta de la línea recta descendente sobre la colateral y ascendente, dentro de la misma línea, el grado más próximo al más remoto y, dentro del mismo grado, el varón a la hembra y, en igualdad de sexo, el de mayor edad sobre el menor, combinando con los principios de primogenitura, representación y masculinidad».

¹⁸ Publicado en el BOE número 252, de 21 de octubre de 2006.

LEGISLACIÓN

an objeto de violencia de género puedan acogerse a similares medidas de protección que las funcionarias civiles.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Defensa, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 20 de octubre de 2006,

DISPONGO:

Artículo único. Modificación del Reglamento de destinos del personal militar profesional, aprobado por el Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo.

El Reglamento de destinos del personal militar profesional, aprobado por el Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, queda modificado como sigue:

Uno. El apartado 4 del artículo 6 queda redactado del siguiente modo:

«4. Se podrán otorgar sin publicación previa las siguientes vacantes:

Las vacantes de libre designación de acuerdo con las normas que establezca el Ministro de Defensa.

Las vacantes, cualquiera que sea su forma de asignación, que se oferten a quienes finalicen la enseñanza militar de formación y, en su caso, de perfeccionamiento o de altos estudios militares.

Las vacantes que se asignen a las militares víctimas de violencia de género.»

Dos. Se añade al artículo 15.5, sobre el turno especial, el párrafo e), redactado del siguiente modo:

«e) Las militares que se encuentren ocupando un destino en aplicación del artículo 21 bis, si el destino del turno especial es en el mismo término municipal de donde salió por dicho motivo, o en tanto se esté en uso de los derechos de la asistencia social integral.»

Tres. El título de la sección 4ª. del capítulo IV queda redactado del siguiente modo:

«SECCIÓN 4ª. ASIGNACIÓN DE PUESTOS DURANTE LOS PERÍODOS DE EMBARAZO Y LACTANCIA O POR RAZONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO»

Cuatro. Se añade un nuevo artículo 21 bis, redactado del siguiente modo:

«Artículo 21 bis. Asignación de puestos a la militar víctima de violencia de género.

La militar víctima de violencia de género que, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, se vea obligada a abandonar el destino donde venía prestando sus servicios, podrá solicitar la asignación de un nuevo destino en el mismo término municipal o en otro diferente.

En la petición se hará una relación por orden de preferencia del término o términos municipales, y dentro de éstos las unidades, centros u organismos, a los que se solicita el traslado. Esta petición irá acompañada de una copia de la orden de protección o, excepcionalmente hasta tanto se dicte dicha orden, del informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género.

El nuevo destino asignado deberá figurar en la plantilla de destinos, encontrarse vacante y su nivel retributivo no ser superior al del destino de origen. La militar deberá reunir los requisitos exigidos en la plantilla de destinos. Para la asignación del destino, entre las posibles vacantes existentes en el término o términos municipales solicitados, se tendrá en cuenta aquella cuya cobertura sea prioritaria.

En el caso de que no existan vacantes con las características requeridas, se comunicará a la solicitante aquellos términos municipales más próximos a los solicitados y en los que existan vacantes, a efectos de que pueda manifestar sus preferencias.

La asignación del destino tendrá carácter forzoso.

En el caso de que la militar sea de nuevo víctima de violencia de género o se requiera para recibir la asistencia social integral, podrá solicitar un nuevo destino, por el mismo procedimiento descrito en este artículo, aunque no haya cumplido el tiempo mínimo de permanencia en su destino.»

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en este real decreto.

Disposición final única. Entrada en vigor.

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEGISLACIÓN

LEY 6/2006, DE 24 DE OCTUBRE, DEL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA 19.

EXPOSICION DE MOTIVOS

(...) En los Capítulos I y II del Título II, referido al Consejo de Gobierno, destaca la inclusión, por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, de la exigencia de que la designación de integrantes del Consejo de Gobierno atienda al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres. No se trata, en efecto, de una mera declaración retórica, sino de una opción acorde con las exigencias del artículo 9.2 de la Constitución, dirigida a la consecución real y efectiva en nuestra Comunidad Autónoma de la igualdad entre hombres y mujeres. Asimismo, se establecen, por primera vez, las atribuciones de las personas titulares de las Consejerías en su condición de miembros del Consejo de Gobierno y se regula de forma más sistemática y detallada el nombramiento, cese, suplencia y estatuto personal de quienes integran el Consejo de Gobierno, excepción hecha de su Presidente o Presidenta.

(...) TÍTULO II. DEL CONSEJO DE GOBIERNO

CAPÍTULO I. De la composición

Artículo 18. Composición.

1. El Consejo de Gobierno se compone de las personas titulares de la Presidencia de la Junta de Andalucía, de la Vicepresidencia o Vicepresidencias, en su caso, y de las Consejerías.
2. Igualmente, serán personas miembros del Consejo de Gobierno los Consejeros y las Consejeras sin cartera.
3. En las designaciones de las personas integrantes del Consejo de Gobierno que realice el Presidente o la Presidenta de la Junta de Andalucía, cada sexo estará representado en, al menos, un cuarenta por ciento.

(...) TÍTULO VI. DEL RÉGIMEN DE LAS FUNCIONES Y ACTOS DEL GOBIERNO

CAPÍTULO I. Del ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria

Artículo 43. De la iniciativa legislativa.

(...) 2. El procedimiento de elaboración de los proyectos de ley se iniciará en la Consejería competente mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por una memoria justificativa, los estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, la memoria sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan, así como por una memoria económica que con-

tenga la estimación del coste a que dará lugar y su forma de financiación.

Artículo 45. Procedimiento de elaboración de los reglamentos.

1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente, previo acuerdo de la persona titular de la Consejería, mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar y su forma de financiación y una memoria sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo.

COMENTARIO A LA LEY 6/2006, DE 24 DE OCTUBRE, DEL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. COMPOSICIÓN PARITARIA.

La reciente Ley del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía regula el régimen jurídico y administrativo del Consejo de Gobierno y el estatuto de sus miembros. Es interesante destacar, en primer lugar, el cuidado empleo que la Ley hace del lenguaje, posibilitando siempre la visibilidad de los cargos y órganos que regula cuando son desempeñados por mujeres. Así, se utiliza siempre la referencia tanto al Presidente como a la Presidenta, entre otros, o bien se hace referencia a la Presidencia o a la persona titular de la Presidencia, o de la Vicepresidencia o las Consejerías.

Otro de los aspectos destacables de la norma está constituido por la inclusión de la paridad en la composición del Consejo de Gobierno: como indica ya su Exposición de Motivos "destaca la inclusión, por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, de la exigencia de que la designación de integrantes del Consejo de Gobierno atienda al principio de presencia equilibrada entre hombres y mujeres". Es en el artículo 18.3 donde se establece que "En las designaciones de las personas integrantes del Consejo de Gobierno que realice el Presidente o la Presidenta de la Junta de Andalucía, cada sexo estará representado en, al menos, un cuarenta por ciento".

¹⁹ Publicada en el BOJA núm. 215, de 7 de noviembre. Se reproduce parcialmente.

²⁰ Así lo expresa María Luisa BALAGUER CALLEJÓN en referencia a la paridad electoral. Afirma "que esta integración, se considera por el movimiento feminista como una condición imprescindible, no sólo para la integración de la mujer en la vida política, sino como un efecto indirecto en los cambios legislativos y de hábitos sociales, imprescindibles para esa nueva reformulación del contrato social horizontal. La integración de la mujer en la vida política, va a generar un cambio en la sociedad, no solamente para esas mujeres, que se integran en la vida pública, sino que se piensa que la actuación de esas mujeres tendrá un fuerte impacto en el cambio de los hábitos sociales, forzando al conjunto de la sociedad a valorar de forma diferente la vida privada, el ámbito doméstico y el reparto de las tareas entre el hombre y la mujer" (María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, "Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento-jurídico español", en Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico, núm. 4, mayo 2000, p. 3).

LEGISLACIÓN

La paridad se configura como un instrumento de integración de la mujer en la vida política²⁰. En esta línea, la Junta de Andalucía en el año 2003 aprobó la Ley 18/2003 de Medidas Fiscales y Administrativas, donde el artículo 140 establecía la composición paritaria de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía, exigiendo que cada sexo estuviera representado, al menos, en un 40 por ciento²¹. Posteriormente, se introdujo la paridad en la composición del Consejo Audiovisual de Andalucía y, por eso, la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación de ese órgano, establecía en su artículo 5, punto 5 que “La composición del Consejo Audiovisual de Andalucía respetará el principio de paridad de género, pudiendo ser sólo seis de sus miembros personas del mismo sexo”. Más tarde, se sigue el mismo criterio en la composición del Consejo Consultivo de Andalucía y la Ley 4/2005, de 8 de abril, establece en su artículo 5 que su composición y posterior renovación responderán a criterios de participación paritaria de hombres y mujeres. A tal efecto, ambos sexos deberán estar representados en, al menos, un cuarenta por cien de los miembros en cada caso designados”. Ese mismo año 2005, se modifica la Ley 1/1986, Electoral de Andalucía por la Ley 5/2005, introduciendo la paridad electoral y estableciendo que en la presentación de candidaturas se alternarán hombres y mujeres, ocupando los

de un sexo los puestos impares y los del otro los pares²². Esta misma línea se ha seguido en disposiciones infralegales y, como ejemplo, puede indicarse, el Decreto 239/2005, de 2 de noviembre, del Consejo Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación, establece en su artículo 2 la composición paritaria. Puede concluirse, así, que la Ley del Gobierno se inserta en la voluntad política de la Junta de Andalucía de introducir la paridad en la composición de sus órganos.

Un tercer punto a resaltar sobre esta Ley del Gobierno es que contempla la necesidad de efectuar una memoria sobre el impacto por razón de género en la fase inicial de elaboración de disposiciones normativas legales y reglamentarias. Para las primeras, el art. 43.2 recoge que la elaboración de un proyecto de ley comenzará por la realización del anteproyecto por la Consejería competente al que se acompañará –entre otro material- una memoria sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en ese anteproyecto. Es el art. 45 el que recoge que también en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, en el inicio del proceso, junto al proyecto, será preciso realizar una memoria similar de las medidas que en esa norma se pretendan recoger. (María Dolores Cabello Fernández. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

LEY 8/2006, DE 24 DE OCTUBRE, DEL ESTATUTO DE LOS ANDALUCES EN EL MUNDO²³

Artículo 11. Igualdad entre géneros

Los andaluces y andaluzas en el exterior podrán tener acceso a aquellas actuaciones desarrolladas por la Junta de Andalucía que tengan como fin promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de par-

ticipación política, asociativa, cultural, social y económica. En la ejecución de todo lo regulado en la presente Ley, la Junta de Andalucía tendrá en cuenta de modo transversal el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres [...]

²¹ Sobre el 40 por ciento “se entiende que la paridad la constituye siempre una proporción del 60 y el 40 por ciento de la representación por género, es decir que se guarde esa ponderación dejando un margen del 10 por ciento que no puede resultar nunca significativo en ninguno de los dos géneros, y que una consideración mas exacta, del cincuenta al cincuenta, podría acarrear dificultades innecesarias en unos nombramientos en los que hay que combinar a veces la personalidad y el prestigio profesional de los componentes de algunos de estos órganos” (María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “Comentario a la Ley andaluza 18/2003, de Medidas Fiscales y al Decreto 93/2004 de la Junta de Andalucía, de impacto de género. Avance a la paridad”, en Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico, núm. 15, mayo 2004, p. 15).

²² Sobre paridad electoral también pueden verse Ángel RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, “Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral”, Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico, núm. 2, septiembre 1999, pp. 3-6, y Julia SEVILLA MERINO, “Igualdad en democracia es paridad. La reforma de las leyes electorales”, Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de información y análisis jurídico, núm. 20, diciembre 2005, pp. 4-15.

²³ Publicada en el BOJA número 215, de 7 de noviembre de 2006. Se recoge aquí parcialmente.

LEGISLACIÓN

DECRETO 175/2006, DE 10 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE FOMENTO Y CONSOLIDACIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN ANDALUCÍA²⁴.

Durante mucho tiempo, la figura del autoempleo se ha contemplado, en algunos casos, como una solución transitoria ante la situación de desempleo. Frente a ello la Junta de Andalucía, en el marco de la concertación social, ha venido haciendo una apuesta fuerte y decidida para impulsar y fomentar el autoempleo. El resultado de dicha apuesta ha supuesto la superación del citado enfoque, y hoy se trabaja para fomentar proyectos de trabajo autónomo viables que se emprenden desde el espíritu vocacional, con perspectivas de futuro y como instrumentos generadores de empleo por cuenta ajena, por lo que la valoración positiva se empieza a analizar a la luz de la consolidación del propio proyecto.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta que el autoempleo queda desarrollado mediante dos vertientes, la individual, persona física, y la colectiva, cooperativas, sociedades civiles, comunidades de bienes, hemos de especificar que el presente Decreto regula los programas y medidas dirigidas exclusivamente al trabajador o trabajadora autónomos, como persona física que ejerce una actividad económica por cuenta propia.

Tomando en consideración la importancia que este colectivo representa en la Comunidad Autónoma de Andalucía como fuente de generación no sólo de empleo, sino de riqueza y bienestar social, por el alto valor añadido que supone para nuestro tejido social y nuestra actividad económica, la Junta de Andalucía, en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social suscrito entre éste y los agentes sociales y económicos el 25 de enero de 2005, quiere comprometerse más en esta apuesta que desde hace tiempo asumió, regulando un marco normativo que fomente el trabajo autónomo en Andalucía, en el que se recojan de forma homogénea e integral todas las medidas y actuaciones que desde la Administración de la Comunidad Autónoma se están desarrollando y todas aquellas nuevas medidas que, a favor de los trabajadores y las trabajadoras autónomos, contribuirán a seguir fomentando el trabajo autónomo.

El presente Decreto recoge las normas comunes a todos los programas, quedando establecidos los requisitos y obligaciones genéricos que han de cumplir las personas o entidades beneficiarias de las ayudas en ellos contenidas. En este punto, las entidades que desarrollen proyectos en el marco del programa para impulsar nuevas actividades económicas a través del trabajo autónomo en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo, podrán beneficiarse de la excepción que prevé el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como de lo

dispuesto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En cumplimiento del apartado 3, letra f), del artículo 8 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, el presente Decreto ha sido sometido al Pleno del Consejo de Administración de dicho organismo autónomo de la Consejería de Empleo. Igualmente el Consejo Económico y Social ha emitido el dictamen núm. 10/2006. En su virtud, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, a propuesta del Consejero de Empleo y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su sesión del día 10 de octubre de 2006,

DISPONGO

CAPÍTULO I. Objeto y ámbito de aplicación

Artículo 1. Definición.

1. El presente Decreto establece los programas y medidas que desarrolla la Administración de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente en materia de empleo, en orden a fomentar y consolidar el trabajo autónomo realizado por persona física que ejerce una actividad económica de forma individual, por cuenta propia y con hasta 5 trabajadores por cuenta ajena.

2. A los efectos del presente Decreto se entenderá como:

a) Colectivo con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo: Aquellas personas desempleadas en las que concurra alguna de las siguientes características:

- Mujeres víctimas de violencia de género.
- Personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33%.
- Personas exreclutas.
- Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o inserción social.
- Jóvenes que se incorporen al mercado de trabajo procedentes de instituciones de protección y reforma.
- Personas usuarias del Programa de Solidaridad.
- Parados de larga duración mayores de 45 años.
- Pertenecientes a minorías étnicas.
- Personas víctimas de los actos terroristas y /o sus familiares.
- Y demás personas en riesgo de exclusión.

b) Áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales

²⁴ Publicado en el BOJA número, 213, de 3 de noviembre de 2006. Se recoge aquí parcialmente.

LEGISLACIÓN

de empleo, aquellas áreas que cumplan con los indicadores demográficos y de mercado de trabajo que se recogen en el Decreto 109/2006, de 6 de junio por el que se establecen los indicadores para las Áreas Territoriales Preferentes para Actuaciones Integrales de Empleo.

c) Nuevos Yacimientos de Empleo: Aquellas actividades económicas que provean en el ámbito del empleo los servicios necesarios que satisfagan las nuevas necesidades sociales. Dichas actividades se agrupan en los siguientes apartados:

- Los servicios de la vida diaria.
- Los servicios de mejora del marco de vida.
- Los servicios culturales y de ocio.
- Los servicios de medio ambiente.

Artículo 2. Objeto.

(...) 2. Para el cumplimiento de estos objetivos el presente Decreto establece en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía los siguientes Programas:

a) Programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica.

b) Programa de asesoramiento y acompañamiento al trabajo autónomo.

c) Programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo.

d) Programa para la consolidación y apoyo de la actividad económica del trabajador y trabajadora autónomos.

e) Programa de formación para los trabajadores y trabajadoras autónomos.

f) Programa para el fomento de la cultura preventiva en materia de riesgos laborales para los trabajadores y trabajadoras autónomos.

g) Programa de apoyo a la trabajadora autónoma y a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

h) Programa para potenciar el conocimiento del trabajo autónomo en Andalucía, fomentando el asociacionismo de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

CAPITULO II. Programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica

Artículo 3. Objeto.

1. Este Programa tiene por objeto el establecimiento de un marco de medidas y otros instrumentos de colaboración destinados a fomentar, impulsar y apoyar el empleo por cuenta propia a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica en Andalucía.

2. Este Programa se articulará mediante las siguientes medidas:

- a) Ticket del Autónomo para el inicio de la actividad.
- b) Financiación para inicio de actividad de trabajo autónomo.
- c) Medida para el apoyo y gestión necesarios en el ejercicio

de la actividad económica.

Artículo 4. Ticket del Autónomo para el inicio de la actividad.

1. Esta medida consiste en una ayuda económica de hasta 9.000 euros, destinada a apoyar a mujeres, jóvenes menores de treinta años y personas con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo que, encontrándose en situación de desempleo e inscritos como demandantes de empleo, inicien una actividad económica como trabajador o trabajadora autónomos.

2. Las personas beneficiarias de esta medida deberán mantener la condición de trabajador o trabajadora autónomos al menos un año, con los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

3. Reglamentariamente se establecerán colectivos prioritarios, requisitos que habrán de cumplir las personas beneficiarias de esta medida, así como aquellas actividades económicas cuyo fomento se considerará preferente. Así mismo, en dicho desarrollo reglamentario podrá establecerse la posibilidad de que la gestión y el abono del incentivo sea realizado mediante encomienda de gestión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. En aquellos casos en que la actividad económica a iniciar se desarrolle en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo se concederá el importe máximo de la ayuda. (...)

CAPITULO VIII. Programa de apoyo a la trabajadora autónoma y a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos

Artículo 19. Objeto.

1. Este Programa está destinado a:

a) Favorecer una mayor presencia de la mujer en el trabajo autónomo arbitrando fórmulas que le permitan disfrutar de permisos por motivos de maternidad, adopción, o acogimiento preadoptivo.

b) Establecer fórmulas tendentes a conciliar la vida familiar con la laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

2. A tal efecto, dentro del presente Programa se establecen las siguientes medidas:

a) Medida de apoyo a la trabajadora autónoma.

b) Medida de apoyo a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

Artículo 20. Medida de apoyo a la trabajadora autónoma.

Aquellas trabajadoras autónomas que por motivos de maternidad, adopción, o acogimiento preadoptivo, precisen realizar una contratación para cubrir su baja laboral permitiéndole con ello disfrutar de permisos por las citadas causas, podrán beneficiarse de una medida de apoyo a la contratación por sustitución consistente en una cantidad a tanto

LEGISLACIÓN

alzado cuya cuantía estará destinada a sufragar el coste salarial y las cuotas a la Seguridad Social por todos los conceptos, durante el periodo de dieciséis semanas sin que en ningún caso el importe total de la ayuda pueda superar la cantidad de 3.000 euros.

La normativa que desarrolle el presente Decreto establecerá los requisitos y condiciones que deberán reunirse para poder beneficiarse de esta ayuda.

Artículo 21. Medida de apoyo a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos. Se establece una medida de apoyo a aquellas Entidades de Derecho Público y Entidades Privadas sin ánimo de lucro que presenten proyectos de estudio e investigación o realización de acciones sobre conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

Las entidades que presenten los citados proyectos y cumplan los requisitos que para ello se establezca reglamentariamente podrán beneficiarse de la cofinanciación de hasta el 100% del coste total del proyecto cuando la entidad solicitante tenga ámbito autonómico e implantación en cada una de las provincias andaluzas.

CAPITULO X. Normas Comunes

Artículo 29.- Exclusiones.

(...) 3. Tampoco podrán obtener la condición de posibles beneficiarias de los incentivos regulados en este Decreto aquellas entidades, trabajadores y trabajadoras autónomos que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

- a) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme en los últimos tres años por falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales.
- b) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o resolución administrativa firme por prácticas de discriminación laboral o en materia de género.

COMENTARIO AL DECRETO 175/2006, DE 10 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE FOMENTO Y CONSOLIDACIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN ANDALUCÍA

El presente Decreto 175/2006 regula las medidas dirigidas al trabajador o trabajadora autónomos, entendidos como la persona física que ejerce una actividad económica por cuen-

ta propia. Su finalidad, según la Exposición de Motivos es fomentar el autoempleo, como instrumento generador de empleo por cuenta ajena. Todo el decreto mantiene la referencia, no solo a los trabajadores sino también a las trabajadoras autónomas, regulando un marco normativo que agrupe las medidas de fomento del trabajo autónomo en Andalucía, pero estableciendo, también, medidas específicas para la mujer. Así, en primer lugar se considera como colectivo con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo a las mujeres víctimas de violencia de género, en el artículo 1.2.a).

Igualmente en el programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica se establece una medida de ayuda para el inicio de la actividad, denominado Ticket del Autónomo que consiste en una ayuda económica de 9.000 destinada a mujeres en general y a personas con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, entre las que se encuentran como hemos visto, las mujeres víctimas de violencia de género, siempre que cumplan los requisitos de encontrarse en situación de desempleo, estar inscritas como demandantes de empleo e iniciar una actividad económica como trabajadora autónoma, según especifica el artículo 4 punto 1 del Decreto.

El Capítulo VIII del Decreto establece un programa de apoyo a la trabajadora autónoma y a proyectos destinados a la conciliación de la vida familiar y laboral. Según el artículo 19 el programa tiene por objeto favorecer una mayor presencia de la mujer en el trabajo autónomo arbitrando fórmulas que le permitan disfrutar de permisos por motivos de maternidad, adopción o acogimiento preadoptivo. El artículo 20 regula una medida específica de apoyo para la trabajadora autónoma que por motivos de maternidad, adopción o acogimiento preadoptivo, necesiten realizar una contratación para cubrir su baja laboral pudiendo así disfrutar de permisos por tales causas, podrán beneficiarse de una ayuda a la contratación por sustitución consistente en una cantidad a tanto alzado cuya cuantía se destina a sufragar el coste salarial y las cuotas a la seguridad social por todos los conceptos, durante el periodo de dieciséis semanas con un límite cuantitativo, en ningún caso el importe total de la ayuda podrá superar la cantidad de 3.000 euros. El Decreto entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín oficial de la Junta de Andalucía. (María Dolores Cabello Fernández. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) DE 3 DE OCTUBRE DE 2006. DIFERENTE RETRIBUCIÓN DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS EN FUNCIÓN DE LA ANTIGÜEDAD.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),
Integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans y A. Rosas, Presidentes de Sala, y el Sr. R. Schintgen, la Sra. N. Colneric (Ponente) y los Sres. S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues, J. Klucka, U. Löhmus, E. Levits, A. Ó Caoimh y L. Bay Larsen, Jueces;
Abogado General: Sr. M. Poiares Maduro;
Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador;
Habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 8 de marzo de 2006;
consideradas las observaciones presentadas:
en nombre de la Sra. Cadman, por la Sra. T. Gill, Barrister, y la Sra. E. Hawksworth, Solicitor;
en nombre de la Equal Opportunities Commission, por el Sr. R. Allen, QC, la Sra. R. Crasnow, Barrister, y las Sras. J. Hardwick y M. Robison, Solicitors;
en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. M. Bethell y la Sra. E. O'Neill, en calidad de agentes, asistidos por los Sres. N. Underhill, QC, y N. Paines, QC, así como por la Sra. J. Eady, Barrister;
en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues, en calidad de agente;
en nombre de Irlanda, por el Sr. D. OHagan, en calidad de agente, asistido por el Sr. N. Travers, BL;
en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por las Sras. M. -J. Jonczyk y N. Yerrell, en calidad de agentes; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 18 de mayo de 2006; dicta la siguiente Sentencia

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 141 CE.

Dicha petición se formuló en el marco de un litigio entre la Sra. Cadman y el Health & Safety Executive (Agencia para la Salud y la Seguridad; en lo sucesivo, "HSE") relativo a la equiparación de la retribución de la Sra. Cadman con la de sus colegas masculinos.

Marco jurídico
Legislación comunitaria

El artículo 141 CE, apartados 1 y 2, dispone:
"1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.
2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera

otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
- b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo."

El artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52), establece:

"El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo [141 CE], y que, en lo sucesivo, se denominará principio de igualdad de retribución, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.

En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo."

La Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (DO 1998, L 14, p. 6), se aplica, conforme a su artículo 3, apartado 1, a las situaciones cubiertas, en particular, por el artículo 141 CE y por la Directiva 75/117.

El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80 dispone:
"A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica [...] resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo."

En virtud del artículo 4, apartado 1, de la mencionada Directiva, "los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sis-

temas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

Conforme al artículo 2 de la Directiva 98/52/CE del Consejo, de 13 de julio de 1998, relativa a la ampliación de la Directiva 97/80 al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO L 205, p. 66), el Derecho del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte debía adaptarse a la Directiva 97/80 a más tardar el 22 de julio de 2001.

El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 269, p. 15) (en lo sucesivo, “Directiva 76/207”), dispone:

“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...] discriminación indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios, [...]”

A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207:

“La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...] c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución de conformidad con lo establecido en la Directiva 75/117/CEE;

[...]”

Conforme al artículo 2, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2002/73, los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva a más tardar el 5 de octubre de 2005, o garantizar que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hubieran introducido las disposiciones requeridas mediante acuerdos.

Normativa nacional

El artículo 1 de la Ley de 1970 sobre la igualdad de las retribuciones (Equal Pay Act 1970; en lo sucesivo, “Equal Pay Act”) dispone:

“1) Si las condiciones de un contrato en virtud del cual una mujer está empleada en una empresa en Gran Bretaña no

prevén (directamente, mediante remisión a un convenio colectivo o de algún otro modo) una cláusula de igualdad, se considerará que dicha cláusula está incluida en el contrato.

2) Una cláusula de igualdad es una disposición relativa a las condiciones (ya se refieran a la retribución o no) de un contrato en virtud del cual está empleada una mujer (en lo sucesivo, contrato con una mujer) y tiene por efecto que:

[...] b) cuando una mujer esté empleada en un trabajo considerado equivalente al realizado por un hombre que ocupe el mismo empleo, i) si (al margen de la cláusula de igualdad) cualquier condición del contrato con una mujer, determinada por la evaluación del trabajo, es o pasa a ser menos favorable para ésta que una condición similar del contrato con un hombre, se considerará modificada la condición del contrato con una mujer de modo que no le sea menos favorable, y ii) si (al margen de la cláusula de igualdad) en cualquier momento el contrato con una mujer no incluye una condición equivalente a una condición beneficiosa incluida en el contrato con un hombre y determinada por la evaluación del trabajo, se considerará que el contrato con la mujer prevé dicha condición.

[...] 3) La cláusula de igualdad no se aplicará a la diferencia entre el contrato con una mujer y con un hombre si el empresario prueba que dicha diferencia se debe en realidad a algún factor relevante que no es la diferencia de sexo y este factor a) en el caso de la cláusula de igualdad a la que se refiere el apartado 2 [...], letra b), anteriormente enunciado, deberá constituir una diferencia relevante entre la situación de la mujer y la del hombre, [...] [...]”

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

La Sra. Cadman había sido contratada por el [32703mHSE]. Desde que ejerce su actividad al servicio de dicha institución, se ha modificado el sistema retributivo en repetidas ocasiones. Con anterioridad a 1992, dicho sistema se basaba en unos incrementos a tanto alzado, es decir, que cada empleado disfrutaba de un aumento anual hasta que hubiera alcanzado el escalón más elevado de su grado. En 1992, el HSE introdujo un elemento de la retribución vinculado al rendimiento, que permitía ajustar el importe del incremento anual para reflejar los resultados individuales del trabajador. En dicho sistema, los trabajadores más eficientes podían alcanzar más rápidamente el escalón más elevado. A raíz de la entrada en vigor, en 1995, de un acuerdo a largo plazo sobre las retribuciones, se fijaron los incrementos anuales en función de la atribución de unas partes alícuotas denominadas “equity shares”, vinculadas a la productividad del empleado. Dicho cambio tuvo como efecto reducir el ritmo de disminución de las diferencias retributivas entre los empleados del mismo grado con mucha antigüedad y aquellos otros con menor antigüedad. Finalmente, en 2000, se volvió a modificar el sistema con el fin de permitir a los empleados que se hallaban en los niveles inferiores de los escalones disfrutar de unos incrementos anuales más elevados y, en consecuencia, de un ascenso más rápido dentro del escalón.

JURISPRUDENCIA • TJUE •

En junio de 2001, la Sra. Cadman presentó una demanda ante el Employment Tribunal al amparo de la Equal Pay Act. En la fecha en que presentó su demanda, la demandante ocupaba desde hacía casi cinco años un cargo directivo como inspector del grado 2. La Sra. Cadman tomó como personas de referencia a cuatro colegas masculinos, asimismo inspectores de grado 2.

Aun cuando tuvieran el mismo grado que la Sra. Cadman, esas cuatro personas percibían retribuciones mucho más elevadas que la interesada. El sueldo anual de la Sra. Cadman para el año fiscal 2000/2001 ascendió a 35.129 GBP, siendo así que los correspondientes importes percibidos por dichas personas de referencia se habían fijado en 39.125 GBP, 43.345 GBP, 43.119 GBP y 44.183 GBP, respectivamente.

Consta que, en la fecha en que se presentó la demanda ante el Employment Tribunal, las cuatro personas de referencia de sexo masculino tenían más antigüedad que la interesada, adquirida en parte en puestos de trabajo más modestos.

El Employment Tribunal declaró que, con arreglo al artículo 1 de la Equal Pay Act, las cláusulas del contrato de trabajo de la Sra. Cadman relativas a la retribución debían modificarse con el fin de que no fueran menos favorables que las que figuran en los contratos de trabajo de las cuatro personas de referencia.

El HSE interpuso un recurso de anulación contra dicha resolución ante el Employment Appeal Tribunal. Dicho órgano jurisdiccional declaró, en primer lugar, que, habida cuenta de la sentencia de 17 de octubre de 1989, Danfoss (C-109/88, Rec. p. 3199), apartado 25, no es preciso justificar especialmente una desigualdad en las retribuciones derivada de la aplicación del criterio de la antigüedad. En segundo lugar, el Employment Appeal Tribunal estimó que, suponiendo que viniera exigida dicha justificación, el Employment Tribunal había incurrido en un error de Derecho al apreciar ésta.

Mediante escrito de 4 de noviembre de 2003, la Sra. Cadman recurrió en apelación la resolución del Employment Appeal Tribunal ante el órgano jurisdiccional remitente.

La Court of Appeal señala que las diferencias retributivas invocadas por la Sra. Cadman en apoyo de su recurso se explican por la estructura del sistema de retribución, ya que el HSE aplica un sistema de aumentos que, de una forma u otra, tiene en cuenta la antigüedad y recompensa ésta.

Puesto que las mujeres titulares del grado 2 y, en general, las que forman parte del grupo pertinente de trabajadores del HSE, tienen menos antigüedad, por término medio, que los hombres, la utilización del criterio de antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones tiene, según la Court of Appeal, consecuencias perjudiciales para las mujeres.

El órgano jurisdiccional remitente observa que los medios de prueba presentados por la Equal Opportunities Commission, admitidos por todas las partes en el litigio, ponen de manifiesto que, en el Reino Unido y en toda la Unión Europea, las trabajadoras tienen, en conjunto, una antigüedad in-

ferior a la de los trabajadores. Añade que la utilización del criterio de antigüedad para la fijación de las retribuciones es un factor importante en el mantenimiento de las diferencias retributivas, ciertamente cada vez menores, entre los trabajadores y las trabajadoras.

Sobre este particular, la Court of Appeal se pregunta si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha apartado de la afirmación que hizo el propio Tribunal de Justicia en la sentencia Danfoss, antes citada, según la cual “el empresario no tiene que justificar de modo especial la utilización del criterio de la antigüedad”. Otras sentencias más recientes, en particular las de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297); de 2 de octubre de 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253), y de 17 de junio de 1998, Hill y Stapleton (C-243/95, Rec. p. I-3739), ponen de manifiesto cierto giro en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A este respecto, la Court of Appeal pone de manifiesto que no le convence la alegación del HSE según la cual el alcance de la sentencia Danfoss, antes citada, no se ha visto modificado por la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia sino en lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial y que, por lo tanto, el criterio de la antigüedad no requiere en ningún caso una justificación objetiva, salvo en lo que atañe a los citados trabajadores.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente se suma al planteamiento del Employment Appeal Tribunal según el cual, si tuviese que resolverse la cuestión relativa al alcance de la sentencia Danfoss antes citada en un sentido favorable para la Sra. Cadman, debería remitirse el asunto a otra formación del Employment Tribunal con el fin de que se volviera a examinar la cuestión de la justificación.

En estas circunstancias, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

“1) Cuando la aplicación por un empresario del criterio de antigüedad para determinar la retribución tiene un impacto desigual en los trabajadores y trabajadoras pertinentes, ¿exige el artículo 141 CE que el empresario justifique de modo especial la utilización de dicho criterio? Si la respuesta depende de las circunstancias, ¿cuáles son esas circunstancias? 2) ¿Sería otra la respuesta a la pregunta anterior si el empresario aplica el criterio de la antigüedad a los empleados caso por caso, de modo que se evalúa en qué medida una mayor antigüedad justifica un nivel de retribución mayor? 3) ¿Debe establecerse alguna distinción relevante entre la utilización del criterio de la antigüedad en el caso de los trabajadores a tiempo parcial y su utilización en el caso de los trabajadores a jornada completa?”

Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda. Mediante sus cuestiones primera y segunda, que deben examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide, en esencia, que se dilucide si, y, llegado el caso, en qué circunstancias, el artículo 141 CE tiene como efecto exigir a

un empresario que justifique la utilización del criterio de la antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones cuando la aplicación de dicho factor redunde en desigualdades de retribución entre los trabajadores y las trabajadoras que deban incluirse en la comparación.

En lo relativo al régimen general resultante del artículo 141 CE, apartado 1

El artículo 141 CE, apartado 1, sienta el principio según el cual un mismo trabajo o un trabajo de igual valor debe ser retribuido de la misma manera, con independencia de que lo realice un trabajador o una trabajadora (sentencia de 17 de septiembre de 2002, Lawrence y otros, C-320/00, Rec. p. I-7325, apartado 11).

Según declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455), apartado 12, este principio, que constituye una expresión específica del principio general de igualdad que prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado, forma parte de los fundamentos de la Comunidad (véanse asimismo las sentencias de 26 de junio de 2001, Brunnhofer, C-381/99, Rec. p. I-4961, apartado 28, y Lawrence y otros, antes citada, apartado 12).

Debe recordarse, además, la norma general contenida en el artículo 1, párrafo primero, de la Directiva 75/117, cuya finalidad esencial es facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de las retribuciones que figura en el artículo 141 CE, apartado 1, sin afectar ni a su contenido ni a su alcance (véase la sentencia de 31 de marzo de 1981, Jenkins, 96/80, Rec. p. 911, apartado 22).

Esta norma prescribe la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de la retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya un mismo valor (véase la sentencia de 1 de julio de 1986, Rummler, 237/85, Rec. p. 2101, apartado 11).

En el ámbito de aplicación del artículo 141 CE, apartado 1, se hallan comprendidas no sólo las discriminaciones directas sino también las discriminaciones indirectas (véanse, en este sentido, las sentencias Jenkins, antes citada, apartados 14 y 15, y de 27 de mayo de 2004, Elsner-Lakeberg, C-285/02, Rec. p. I-5861, apartado 12).

Según jurisprudencia reiterada, el artículo 141 CE debe interpretarse, como lo era anteriormente el artículo 119 del Tratado CEE [que pasó a ser el artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE)], en el sentido de que, cuando exista una apariencia de discriminación, corresponde al empresario demostrar que la práctica de que se trata se halla justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias Danfoss, antes citada, apartados 22 y 23; de 27 de junio de 1990, Kowalska, C-33/89, Rec. p. I-2591, apartado 16; Hill y Stapleton, antes citada, apartado 43, y de 23 de

octubre de 2003, Schönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575, apartado 71).

La justificación aportada deberá basarse en una finalidad legítima. Los medios elegidos para alcanzar dicha finalidad deberán ser idóneos y necesarios para conseguir dicho efecto (véase, en este sentido la sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka, 170/84, Rec. p. 1607, apartado 37).

En lo relativo a la utilización del criterio de la antigüedad

En los apartados 24 y 25 de la sentencia Danfoss, antes citada, el Tribunal de Justicia, después de haber declarado que no está excluido que la utilización del criterio de la antigüedad pueda redundar en un trato menos favorable para las trabajadoras que para los trabajadores, declaró que el empresario no tiene que justificar de modo especial la utilización de dicho criterio.

Al adoptar este planteamiento, el Tribunal de Justicia reconoció que constituye una finalidad legítima de política salarial el hecho de recompensar, en particular, la experiencia adquirida, que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas.

Por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para conseguir tal finalidad.

En efecto, la antigüedad va de la mano con la experiencia y ésta coloca generalmente al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas.

Por lo tanto, el empresario puede retribuir la antigüedad, sin que tenga que justificar la importancia que reviste para el desempeño de las tareas concretas que le están encomendadas al trabajador.

Sin embargo, en aquella misma sentencia, el Tribunal de Justicia no excluyó que puedan existir situaciones en las que el empresario deba justificar de forma circunstanciada la utilización del criterio de la antigüedad.

Así sucede en particular cuando el trabajador facilita datos que pueden hacer surgir dudas fundadas acerca de si la utilización del criterio de la antigüedad resulta idónea en el caso concreto para alcanzar la referida finalidad. Incumbe entonces al empresario acreditar que aquello que es cierto por regla general, a saber, que la antigüedad va de la mano con la experiencia y que ésta coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, lo es también en lo que atañe al puesto de trabajo de que se trata.

Conviene añadir que, cuando para la fijación de la retribución se utiliza un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no se exige que la justificación de la utilización de un determinado criterio verse, de una forma individualizada, sobre la situación de los trabajadores de que se trate. Por lo tanto, si la finalidad perseguida con la utilización del criterio de la antigüedad es el reconocimiento de la experiencia adquirida, no será preciso demostrar, en el marco de un sistema de este tipo, que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo. Por el

contrario, deberá procederse a una consideración objetiva de la naturaleza del trabajo que ha de realizarse (sentencia Rummler, antes citada, apartado 13).

Del conjunto de las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a las dos primeras cuestiones planteadas que, en el supuesto de que la utilización del criterio de la antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones redunde en disparidades de retribución, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, entre los trabajadores y las trabajadoras que han de incluirse en la comparación, el artículo 141 CE debe interpretarse en el sentido de que:

Dado que, por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto.

Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

Teniendo en cuenta la respuesta dada a las dos primeras cuestiones, ya no procede examinar la tercera.

Sobre los efectos en el tiempo de la presente sentencia

Los Gobiernos del Reino Unido y de Irlanda estiman que, si el Tribunal de Justicia debiera considerar que ha de apartarse de los principios que había sentado en la sentencia Danfoss, antes citada, consideraciones de seguridad jurídica exigen que se limiten en el tiempo los efectos de la sentencia que haya de dictarse.

Puesto que la presente sentencia se limita a precisar la jurisprudencia en la materia, no procede limitar sus efectos en el tiempo.

Costas

Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

En el supuesto de que la utilización del criterio de la antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones redunde en disparidades de retribución, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, entre los trabajadores y las trabajadoras que han de incluirse en la com-

paración, el artículo 141 CE debe interpretarse en el sentido de que:

Dado que por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto.

Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo.

COMENTARIO A LA STJCE, DE 3 DE OCTUBRE DE 2006. ANTIGÜEDAD E IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN SIN DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

Nos encontramos aquí con una nueva ocasión en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronuncia acerca de la interpretación y alcance del principio de Derecho comunitario de igualdad retributiva entre los trabajadores y las trabajadoras. Como es sabido este principio estaba inicialmente contenido en el art. 119 del Tratado de Roma con un alcance muy limitado, puesto que sólo contemplaba la igualdad de retribución <<para un mismo trabajo>>. Este ámbito de aplicación tan restringido se verá ampliado gracias a la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. En ella la igualdad de retribución resulta exigible no sólo <<para un mismo trabajo>>, sino también <<para un trabajo al que se atribuya el mismo valor>>, reconociendo, así, implícitamente la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo en materia salarial. Será la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, formación, promoción profesional y condiciones de trabajo, la que de modo expreso prohíba este tipo de discriminación. Un nuevo avance en el desarrollo normativo de este principio vendrá constituido por el Tratado de Ámsterdam, en cuyo art. 141 se recoge la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, y sobre cuya interpretación versa la sentencia que ahora comentamos.

En este caso, se le pide al Tribunal que se pronuncie sobre la compatibilidad de la *antigüedad* como criterio retributivo con el principio de igualdad salarial contenido en el art. 141 Tratado CE, en la medida en que de su aplicación resulte un trata-

JURISPRUDENCIA • TJUE •

miento de desfavor hacia el colectivo de trabajadoras que hayan de ser tenidas en cuenta. El debate se plantea, pues, en el ámbito de las discriminaciones indirectas, es decir, cuando la aplicación de un criterio aparentemente neutro –como sería el caso de la antigüedad– afecte a una proporción sustancialmente mayor de personas de un mismo sexo, salvo que dicho criterio resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.

De lo anterior se desprende que no todo criterio, que pueda ser tenido en cuenta para fijar la retribución y que perjudique a un número considerablemente superior de mujeres que de hombre, es *per se* discriminatorio y contrario al principio de igualdad de retribución. La clave está en la existencia o no de una justificación objetiva para tal criterio, que con ella se pretenda una finalidad legítima y que la medida adoptada sea adecuada y necesaria para la consecución de tal finalidad. Teniendo en cuenta, además, que basta con que exista una *apariencia de discriminación* –para lo que suele ser suficiente con el dato estadístico del mayor número de mujeres afectadas– para que se invierta la carga de la prueba, correspondiendo al empresario aportar la justificación que destruya tal apariencia de discriminación.

Además de sobre la antigüedad, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de otros criterios retributivos, tales como la flexibilidad o la formación profesional, cuando la aplicación de éstos perjudica sistemáticamente a las mujeres. Así, en la Sentencia de 17 de octubre de 1989 (asunto Danfoss) el Tribunal establece que <<el empresario puede justificar la utilización del criterio de la flexibilidad si éste se entiende en el sentido de adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, demostrando que dicha adaptabilidad reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador, pero no si este criterio se entiende referido a la calidad del trabajo realizado por el trabajador>> Asimismo puede el empresario <<justificar la utilización del criterio de la formación profesional demostrando que dicha formación reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador.>> Existiendo, pues, apariencia de discriminación, recae sobre el empresario la carga de probar que la medida adoptada tiene una justificación objetiva, ajena a toda consideración basada en el sexo.

Distinto ha sido, sin embargo, el juicio del Tribunal en relación con la antigüedad, aún admitiendo que la aplicación de este criterio puede perjudicar a mayor número de mujeres que de hombres, consecuencia de su tardía incorporación al mercado laboral o de su más frecuente interrupción de la vida laboral. Parte de la consideración de que con la antigüedad se pretende retribuir la experiencia adquirida por el tra-

bajador que gracias a ella está en mejores condiciones de ejecutar sus tareas. Ésta constituye en sí misma una finalidad legítima, de tal modo que <<el empresario no tiene que justificar de modo especial la utilización del criterio de la antigüedad>>. La antigüedad se “objetiva” constituye por sí misma, sin necesidad de justificación ulterior, una causa objetiva, ajena al sexo, que permite establecer diferencias de retribución.

La sentencia enjuiciada sigue la doctrina establecida en el asunto Danfoss, pero introduce una flexibilización en cuanto al modo de actuar el criterio de la antigüedad, que operaría como una especie de presunción *iuris tantum* de objetividad. Si la trabajadora aporta datos que puedan hacer nacer dudas fundadas sobre la idoneidad, en el caso concreto, de la antigüedad como medida para recompensar la experiencia y mejor desempeño del trabajo, corresponde al empresario aportar esta justificación particularizada para el caso concreto de que se trate. Se produce pues, además, una nueva inversión de la carga de la prueba. Al trabajador incumbe probar lo que pudiéramos denominar una <<apariencia de inidoneidad>> del criterio; aportados los datos en tal sentido, recae sobre el empresario la carga de probar que la utilización de este criterio en el caso concreto resulta justificada y no discriminatoria. No obstante, declara el Tribunal, se exime al empresario de aportar esta prueba individualizada en aquellos casos en los que para la fijación de la retribución se utiliza un sistema clasificación profesional fundado en la evaluación del trabajo que debe realizarse.

Finalmente para concluir este comentario queremos referirnos brevemente a otros asuntos en los que el Tribunal se ha pronunciado acerca de la diferente aplicación del criterio de la antigüedad según se tratase de trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial. Se trata de las Sentencias de 7 de febrero de 1991 (asunto Nimz), de 2 de octubre de 1997 (asunto Gerster) y de 17 de junio de 1998 (asuntos Hill y Stapleton). Todas ellas giran en torno al distinto cómputo del tiempo trabajado a jornada completa o a tiempo parcial, en perjuicio de este último supuesto. Teniendo en cuenta que, en general, estos puestos de trabajo están ocupados mayoritariamente por mujeres, la aplicación de criterios retributivos de esta índole tiene el efecto de perjudicar a un mayor número de mujeres que de hombres, por lo que entraría en el ámbito de las denominadas discriminaciones indirectas. En este sentido, concluye el Tribunal que resultan contrarias al principio de igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo, a no ser que estén justificadas por criterios objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. (María del Mar Navas Sánchez. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 33/2006, DE 13 DE FEBRERO. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

[...]

7. En último lugar, debe rechazarse el trato discriminatorio por razón de sexo que el recurrente fundamenta en la circunstancia de que en España la práctica totalidad de los pagadores de pensiones por alimentos a los hijos tras un proceso de separación o divorcio son los hombres, administrando la mujeres las rentas que perciben los hijos sin soportar carga tributaria alguna.

Debe precisarse ante todo que el recurrente parte de dos premisas erróneas. La primera, la de que únicamente el pagador de las anualidades por alimentos –en este caso, el padre– es quien asume el coste de mantenimiento de los hijos. Ya hemos tenido ocasión de aclarar que «también la esposa del recurrente está obligada a contribuir con sus bienes e ingresos a los gastos precisos para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de la hija, elementos todos ellos que, conforme al art. 142 CC, se integran en el concepto “alimentos”. Como señala la legislación civil, en efecto, es el convenio regulador aprobado judicialmente el que establece la contribución a los alimentos de cada padre [art. 90 c) CC]; concretamente, el art. 93 CC establece que el Juez “en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”, contribución que, de conformidad con el art. 146 CC, deberá ser “proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe” (art. 146 CC). En definitiva, por imperativo legal, tanto quien nos demanda amparo como su *ex* esposa tienen el deber de mantener a la hija de ambos, obligación que debe concretarse en el convenio de separación matrimonial aprobado por el Juez, quien, por exigencia legal, ha de tener en consideración tanto las necesidades del alimentista como los medios de que disponen cada uno de los obligados a dar alimentos» (STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 3).

También es incorrecta la premisa de que la *ex* esposa del recurrente, pese a que recibe el importe de la pensión alimenticia de los hijos, no soporta gravamen alguno sobre dichas rentas. Como también hemos oportunidad de precisar, no es la *ex*-esposa del recurrente, sino los hijos de ambos, los que perciben la pensión por alimentos, con independencia de que sea aquélla la que administre dicha pensión en tanto que es quien está al cuidado de los hijos [arts. 90 a), 92 y 103.1 del Código civil]. Obviamente, siendo los hijos del recurrente los últimos destinatarios de la pensión alimenticia, pensión que la Ley 18/1991 califica como rendimiento del trabajo personal [art. 25 q)] exento de tributación [art. 9 k)], «la pre-

tensión de que sea la persona encargada de su custodia por convenio aprobado judicialmente (la *ex*-esposa del recurrente) la que tribute por la misma no se acomoda en absoluto al principio de capacidad económica constitucionalmente establecido en el art. 31.1 CE» (STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 3).

Hechas las anteriores precisiones, no se puede apreciar la pretendida discriminación por razón de sexo, pues conforme a nuestra doctrina relativa a la «discriminación indirecta» (SSTC 41/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6; y 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7) –que es la que el recurrente viene a invocar–, para que ésta tenga lugar es necesario que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para los integrantes de uno y otro sexo, circunstancia que no se produce en este caso, dado que, como hemos señalado anteriormente, el art. 71.2 de la Ley 18/1991, al excluir la posibilidad de que los padres que deben satisfacer pensiones de alimentos a favor de sus hijos por resolución judicial puedan reducir su base imponible en la cuantía de las mismas, «no hace otra cosa que equiparar la situación de aquéllos a la de todos los padres que –por imperativo constitucional (art. 39.3 CE) y legal (arts. 110, 111 y 143 CC)– han de sufragar los gastos que ocasiona la manutención y educación de sus hijos sin que exista una decisión judicial que se lo imponga» (STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). En suma, la norma legal cuestionada no establece diferencia alguna que permita sostener una discriminación por razón de sexo, sino, antes al contrario, introduce una medida destinada precisamente a impedir la discriminación entre los progenitores, con independencia de su sexo y de la forma en que concurren al cumplimiento del deber constitucional establecido en el art. 39.3 CE.

En definitiva, «es evidente que no se cumple con las exigencias de nuestra doctrina para poder apreciar la vulneración del art. 14, en relación con el art. 31.1, ambos de la Constitución, al ser condición indispensable que los términos de comparación que se aportan para ilustrar la desigualdad denunciada sean homogéneos, requisito esencial que, como hemos visto, no concurre en este caso» (STC 57/2005, de 14 de marzo, FJ 7), por lo que será procedente el pronunciamiento previsto en el art. 53 b) LOTC.

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 los recursos de amparo promovidos por don José Enrique Solano Ocaña acumulados en estos autos.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 33/2006 DE 13 DE FEBRERO.

El fundamento jurídico 7º de la STC 33/2006 versa sobre el rechazo por parte del Alto Tribunal del trato discriminatorio por razón de sexo que el recurrente fundamenta en la tan trágica circunstancia de que en España la práctica totalidad de los pagadores de pensiones por alimentos a los hijos, tras un proceso de separación o divorcio son los hombres, administrando las mujeres las rentas que perciben los hijos sin soportar carga tributaria alguna.

Es claro, tal y como establece el propio fundamento que, en primer lugar, es falsa la idea reiterada que se pretende implantar en la opinión pública y base de este recurso: el hecho de que el pagador de las anualidades de alimentos es el único que contribuye al mantenimiento y asistencia de los hijos dentro del marco conceptual del artículo 142 de nuestro Código Civil, sino que la esposa en este caso del recurrente está obligada a contribuir con sus bienes e ingresos en los gastos precisos para dicho sustento, dentro del marco del convenio regulador establecido, y siempre tal y como establece el artículo 146 del Código civil conforme a la proporcionalidad del caudal y la determinación de dicha contribución por el Juez.

Por otra parte, de nuevo el Alto Tribunal ha tenido ocasión de enjuiciar si la disposición legal que limita la posibilidad por el pagador de deducir en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas las anualidades por alimentos a favor de los hijos lesiona el principio de capacidad económica en relación con el derecho a la igualdad ante la Ley.

La STC 1/2001 de 15 de Enero declara que no lesiona el principio de igualdad la diferencia de trato en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas entre un progenitor que conforme al convenio regulador paga una pensión alimenticia mermando sus ingresos como consecuencia de tales pagos en relación con el otro progenitor que mantiene sus ingresos derivados del convenio matrimonial sin producirse ninguna merma económica; la STC 57/2005 se pronuncia en el mismo sentido y, posteriormente, la STC 33/2006 de 13 de febrero, objeto de comentario ahora, se manifiesta a favor de la constitucionalidad del art. 71.2 de LIRPF en relación con el principio de igualdad.

Esta reiterada doctrina impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y

razonable, o que resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios o juicios de valor generalmente aceptados, además de que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deban ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (entre otros, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9º; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3º; 152/2003, de 17 de julio, FJ 5º; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3º).

Establecido, por tanto, que resultan concernidos los arts. 14 y 31.1 CE, debemos subrayar que reconocer exclusivamente a los padres alimentantes que no conviven con sus hijos el derecho a reducir de la base imponible del impuesto el coste de su manutención sería tanto como establecer su privilegio fiscal discriminatorio frente al genérico deber de contribuir del art. 31.1 CE, sin una justificación que, desde el punto de vista constitucional lo legitime.

Conforme a la doctrina del TC, “la exención o bonificación como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria (art. 31.1 CE), en cuanto que neutraliza la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho generador de capacidad económica, sólo será constitucionalmente válida cuando responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita, pues no hay que olvidar que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando “se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31 (STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 8º; y STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7º).

En definitiva, una vez sentada la diferente naturaleza de las pensiones de alimentos a los hijos respecto de las pensiones compensatorias y de alimentos a parientes, es evidente que no se cumple con las exigencias de nuestra doctrina para poder apreciar la vulneración del art. 14, en relación con el art. 31.1 ambos de la Constitución, al ser condición indispensable que los términos de comparación que se aportan para ilustrar la desigualdad denunciada sean homogéneos, tal y como se establece en el fundamento comentado”. (Montserrat Reyes Cilleza, Profesora de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 294/2006, DE 11 DE OCTUBRE. PERMISO DE UNA HORA DIARIA PARA ATENDER A HIJO MENOR DE 9 MESES.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

[...]

8. Los permisos y licencias del personal de los cuerpos nacionales al servicio de la Administración de Justicia son objeto de regulación por la Ley Orgánica del Poder Judicial en su libro VI, título IV, capítulo III (“vacaciones, permisos y licencias”), es decir, forman parte del estatuto jurídico de dichos cuerpos.

Por esta razón, para enjuiciar las licencias objeto de controversia hay que partir, como hemos hecho en el precedente fundamento jurídico 6 al configurar la ratio decidendi de este conflicto, de que el estatuto jurídico de estos cuerpos nacionales no puede ser puesto en cuestión o alterada su homogeneidad por el ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias reglamentarias o de ejecución en que se concretan las cláusulas subrogatorias contenidas en sus Estatutos de Autonomía. Tal ha de ser el alcance de la expresión “en su caso”, que limita, según el art. 471 LOPJ, las competencias señaladas de las Comunidades Autónomas, si bien esta limitación encuentra su correlato en que la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede, a su vez, obstaculizar o dificultar, más allá de la garantía de homogeneidad indicada, el despliegue de las cláusulas subrogatorias.

Según la jurisprudencia aludida en el fundamento jurídico 4, entre los aspectos centrales del estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia reservados a la regulación por el Estado y no afectados por las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía se incluyen los derechos y deberes de los funcionarios, debiéndose advertir que los permisos y licencias (arts. 503 y 504 LOPJ) se configuran precisamente como derechos, por lo que sin duda su regulación queda fuera del posible juego de las cláusulas subrogatorias.

Analizando la regulación que contiene la Ley Orgánica del Poder Judicial del régimen de permisos y licencias del personal de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia (arts. 503 a 505), pueden extraerse dos notas características del mismo.

En primer lugar, que el legislador orgánico no ha realizado una regulación acabada del sistema de licencias y permisos, pues si bien regula explícitamente algunos de ellos y su alcance (art. 504), incluye también en dicho sistema, por remi-

sión, el régimen propio de los funcionarios de la Administración General del Estado, salvo en lo relativo al “permiso por asuntos particulares”, cuya duración será de nueve días (art. 503).

Conviene que nos detengamos en la apreciación del alcance de esta primera nota. El art. 504 LOPJ regula una serie de licencias (por matrimonio; formación o perfeccionamiento; asuntos propios; funcionarios en prácticas y por enfermedad o accidente) que coinciden con las reguladas en la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (arts. 69 a 73), salvo en lo relativo a la licencia por embarazo, que la Ley Orgánica del Poder Judicial no recoge. En todo caso, la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial presenta mayor concreción y grado de detalle en la regulación de dichas licencias. En cuanto a la remisión realizada por el art. 503.1 “a la normativa vigente aplicable a los funcionarios de la Administración General del Estado”, remisión que se refiere a “iguales permisos y con la misma extensión” (con excepción del permiso por “asuntos particulares”), ha de entenderse realizada al art. 30 (“permisos”) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, precepto éste que contiene una serie de permisos no incluidos en la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado y que tienen notable significación: por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, o por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar dentro del primer grado de consanguinidad; traslado de domicilio; realización de funciones sindicales; asistencia a exámenes; guarda legal; embarazo; lactancia; cumplimiento de un deber inexcusable; y, especialmente, por lo que aquí interesa, el permiso por parto, entre otros. Es clara, por tanto, la importancia que adquiere esta remisión, pues sin ella el sistema de licencias y permisos en el ámbito de la Administración de Justicia sería muy incompleto.

La segunda nota de este régimen viene determinada por la previsión del art. 505.1 LOPJ, que establece que “el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias asumidas serán competentes para la concesión de los permisos y licencias establecidos en esta Ley Orgánica, respecto de los funcionarios que presten servicios en sus respectivos ámbitos territoriales, en la forma y mediante el procedimiento que se establezca en las disposiciones que se dicten al efecto por las mismas”. Es decir, el legislador orgánico abre la puerta no sólo a la actuación aplicativa de las Comunidades Autónomas respecto del sistema de permisos y li-

cencias establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también a la intervención normativa de aquéllas “en la forma y mediante el procedimiento” que establezcan, intervención que ha de entenderse referida no sólo a las licencias específicamente reguladas en el art. 504 sino también a aquellas a las que se remite el art. 503, pues estas últimas también quedan “establecidas” por la LOPJ. Sin embargo, importa destacar que el alcance que el legislador orgánico ha otorgado a la competencia normativa de las Comunidades Autónomas en esta materia se limita a la concesión de permisos y licencias “en la forma y mediante el procedimiento” que se acomode a las circunstancias de cada una de ellas, si bien dicha acomodación se refiere a la regulación de la forma y el procedimiento de la concesión de los permisos y licencias establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial la Administración competente para la concesión de esos permisos y no alcanza a la posibilidad de establecer otros nuevos, lo que supondría invasión de ámbito vedado.

9. Procede, pues, que abordemos ya el examen de las dos figuras autonómicas para apreciar si las mismas alteran la necesaria homogeneidad y unidad del régimen de licencias de los funcionarios de los cuerpos nacionales a servicio de la Administración de Justicia.

a) En cuanto al permiso a una hora diaria de ausencia del trabajo, dividido en dos fracciones o sustituible por una reducción de jornada en media hora a la entrada o a la salida, permiso de que puede disfrutar el funcionario (tanto el padre como la madre) con un hijo menor de nueve meses, en principio no quebranta la unidad del sistema, pues así ha quedado establecido por el art. 30.1 f) de la Ley 30/1984, tras la introducción de dicho epígrafe por el art. 58.3 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que trae causa del Acuerdo Administración-sindicatos para el período 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración pública, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002 (publicado por Resolución de igual fecha de la Secretaría de Estado para la Administración pública).

Partiendo de la señalada identidad, hay que indicar que la regulación vasca contiene una novedad respecto del precepto estatal, novedad consistente en prever que “la funcionaria podrá optar entre hacer uso del permiso a que se refiere el párrafo anterior o acumular el tiempo resultante a la licencia por embarazo o alumbramiento”. Sin embargo, esta última previsión no supone creación de un derecho nuevo, lo que no está abierto a la regulación autonómica, como ya se dijo, sino sólo la regulación de la forma de concesión del permiso, que comporta la forma de su utilización o disfrute, permiso establecido con carácter general, lo que tiene cabida en la previsión del art. 505.1 LOPJ en cuanto a la atribución a las Comunidades Autónomas, respecto de los funcionarios que

presten servicios en sus respectivos ámbitos territoriales, de la posibilidad de dictar disposiciones sobre la forma de concesión de los permisos. [...]

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 294/2006 DE 11 DE OCTUBRE.

La sentencia 294/2006 del Tribunal Constitucional es el resultado del Conflicto positivo de competencias 2637-2001, promovido por el Gobierno de la Nación respecto del Decreto del Gobierno vasco 309/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el II Acuerdo con las organizaciones sindicales sobre la modernización en la prestación del servicio público de la Justicia y su repercusión en las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración de Justicia. En dicha sentencia se realizan varias manifestaciones por parte de dicho Tribunal, en concreto en el fundamento jurídico 8º que es el que aquí se va a comentar, donde se indica que la regulación vasca contiene una novedad respecto del precepto estatal, novedad consistente en prever que “la funcionaria podrá optar entre hacer uso del permiso a que se refiere el párrafo anterior o acumular el tiempo resultante a la licencia por embarazo o alumbramiento”. Considerando esta última previsión no como un derecho nuevo, lo que no está abierto a regulación autonómica, sino sólo la regulación de la forma de concesión del permiso, que comporta la forma de su utilización y disfrute, permiso establecido con carácter general, lo que tiene cabida en la previsión del artículo 505.1 LOPJ en cuanto a la atribución a las Comunidades Autónomas, respecto de los funcionarios que presten servicios en sus respectivos ámbitos territoriales.

Sin embargo dicha declaración ha provocado alguna controversia en cuanto a la creación o no de un derecho nuevo por la forma de utilización de dichas licencias como susceptibles de constitución o no del fondo y, por ende, de la finalidad de dicho derecho. Se manifiesta este problema en el voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia, discrepancia referente en concreto a la declaración de conformidad a la Constitución del contenido del Decreto cuestionado atinente al permiso de maternidad, fundamento que no comparte en ese extremo, y cuya consecuencia en el fallo sobre la declaración de inconstitucionalidad debería de haberse extendido, según su criterio a dicho particular del decreto impugnado.

En el mencionado voto particular se defiende que la aplicación al caso de la doctrina constitucional referida no es totalmente respetuosa con ella, y que en el juicio sobre el permiso de maternidad se desborda el límite establecido en cuanto al acceso posible de las Comunidades Autónomas a la regulación de aspectos no esenciales del estatuto del personal al servicio de la Administración de Justicia.

La no constitución de un nuevo derecho, es lo que lleva a manifestar: “No veo que ese modo de razonar sea estrictamente respetuoso con el art. 505.1 LOPJ, en el que la competencia atribuida al Ministerio de Justicia y a las Comuni-

dades Autónomas con competencias asumidas se limita a “la concesión de los permisos y licencias... en la forma y mediante el procedimiento que se establezca en las disposiciones que se dicten por las mismas” [las Comunidades Autónomas con competencias asumidas]”....” la modificación de la configuración del permiso supone una invasión del ámbito vedado de la regulación de los derechos del funcionario, que implica una quiebra del núcleo de homogeneidad del sistema. La posible acumulación del permiso de lactancia a la licencia por embarazo o alumbramiento supone, de hecho, la extensión temporal de esta última licencia; o en otros términos, la fusión de dos permisos en uno solo, lo que creo que distorsiona la regulación estatal del derecho de que se trata. Por todo ello estimo que, aunque la distorsión de la homogeneidad del sistema estatal de regulación de los permisos y licencias sea menor en lo relativo al permiso de lactancia que en lo atinente al de la visita a familiares presos, también respecto al permiso de lactancia el Decreto impugnado invade el ámbito que le está vedado; por lo que tam-

bién en este punto debió declararse inconstitucional.” Sin embargo, deberíamos también preguntarnos si la fundamentación normativa de cara a la resolución del conflicto de competencias, en definitiva, puede derivar en vulnerar el fondo y el espíritu constitucional de la toma de medidas de cara a proteger los derechos y deberes de los funcionarios y respecto al número de permisos no incluidos en la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado y que tienen notable significación como son las licencias por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, o por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar etc., provocando la necesaria homogeneidad y unidad del régimen de licencias de los funcionarios de los cuerpos nacionales a servicio de la Administración de justicia, y que en este caso ha premiado frente a la configuración de la posible falta de identidad a la hora de que la normativa vasca incorpore la novedad de la forma de disfrute siempre desde la voluntad del trabajador del la licencia por embarazo o alumbramiento. (Montserrat Reyes Cilleza, Profesora de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 291/2006, DE 9 DE OCTUBRE. MEDIOS DE PRUEBA EN LITIGIOS SOBRE SEPARACIÓN MATRIMONIAL.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY
la siguiente
SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4470-2004, promovido por doña Elvira Pico Soler, representada por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández Novoa y asistida por el Abogado don Pedro Antonio Gutiérrez López, contra la Sentencia de la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de junio de 2004 y contra los Autos de dicha Sección de 30 de abril y 27 de mayo de 2004, recaídos en rollo de apelación núm. 215-2004, dimanante de autos de separación conyugal núm. 15-2003. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 9 de julio de 2004 el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Esté-

vez Fernández Novoa, en nombre y representación de doña Elvira Pico Soler, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia y los Autos de la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid a los que se hace referencia en el encabezamiento.

2. La demanda de amparo trae causa, en síntesis, de los siguientes hechos:

a) Se formuló demanda de separación conyugal por el Sr. Muñoz Ruata contra doña Elvira Pico Soler, dando lugar al juicio de separación núm. 15-2003 repartido al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Colmenar Viejo. Asimismo se presentó ante dicho Juzgado demanda de separación por doña Elvira Pico Soler contra el Sr. Muñoz Ruata, a la que se le asignó el núm. 32-2003 y que por Auto del Juzgado de 21 de abril de 2003 se acumuló al anterior.

Por la Sra. Pico Soler se propuso abundante prueba con carácter previo a la vista en escrito de 1 de julio de 2003. Por lo que aquí interesa, en orden al establecimiento del régimen de visitas, se propuso informe del equipo psicosocial adscrito al Juzgado, anunciando igualmente informe pericial sobre los rendimientos de ciertas fincas rústicas de las que era copropietario el actor, y variada documental referente al libramiento de oficio a determinadas entidades bancarias para

que suministraran información relativa a movimientos de cuentas desde el año 2000, así como a rendimientos y operaciones de compraventa de valores y fondos de inversión en los ejercicios 2001 a 2003. Mediante providencia de 15 de julio de 2003 se admitió parte de la prueba propuesta anticipadamente, rechazándose otra. El acto del juicio comenzó con la vista celebrada el 22 de julio de 2003. Reiterada en ella por la demandada la solicitud de práctica de todas las diligencias de prueba del escrito de 1 de julio, en cuanto a los oficios, se admitieron los ya admitidos; la prueba psicosocial, se acordó, ampliándose a toda la unidad familiar; y, respecto a la pericial agrónoma, se acordó la ratificación del perito en la próxima vista. El Letrado de la parte demandada formuló protesta en relación con la prueba inadmitida.

Con fecha 18 de noviembre de 2003 se emitió informe por el equipo técnico psicosocial adscrito al Juzgado, tras entrevistarse separadamente con el padre, la madre y los dos hijos menores del matrimonio. En el mismo, tras informar sobre lo manifestado en las entrevistas, se concluía que “no podemos dar una valoración sobre el caso, ya que, vemos la necesidad de poder confirmar los datos aportados por los menores y que el grupo familiar sea explorado por un psicólogo (profesional que pueda llevar a cabo dicha intervención y que, en estos momentos, no dispone dicho equipo técnico): por este motivo, no podemos dar una estimación sobre el caso, recomendando un estudio más profundo, si así es considerado”.

El acto del juicio continuó el 24 de noviembre de 2003, en el que por la parte demandada se solicitó la ampliación del informe psicológico, lo que fue rechazado por el Juzgado, atendido a que no se discutía la custodia, sino sólo el régimen de visitas; formulando protesta el Letrado de la parte. El juicio finalizó por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Colmenar Viejo de 17 de noviembre de 2003, en la que se acordó la separación, una pensión alimenticia de 300 euros al mes por cada hijo y una pensión compensatoria mensual de 400 euros para la esposa a cargo del padre y marido, respectivamente, atendiendo para ello a los ingresos del trabajo y de la actividad profesional de éste, sin que tras la valoración del informe pericial se considerase acreditado que efectivamente recibiera todos los años alguna cantidad por las fincas rústicas. Por otro lado, respecto a la custodia y al régimen de visitas, existiendo acuerdo en que la custodia se atribuyera a la madre y en que el padre disfrutara de régimen de visitas, la discrepancia se centraba en que la demandada quería que se suprimieran los dos días entre semana fijados en el Auto inicial de medidas, lo que estimó parcialmente el Juzgado reduciendo de dos a una las tardes entre semana, tras la apreciación en conjunto de la prueba y, en especial, de la exploración judicial del hijo menor de edad.

b) Frente a dicha Sentencia se formuló recurso de apelación por ambas partes, solicitándose en el recurso de la deman-

dada que se eliminara la tarde de visitas entre semana, que se ampliara la pensión alimenticia a 600 euros por cada hijo y la pensión compensatoria a 900 euros, argumentando, por un lado, que la verdadera capacidad económica del marido era muy superior a la apreciada por el Juzgado, afirmando que había ocultado información económica relevante, al percibir rendimientos superiores a los declarados, procedentes de acciones y participaciones, de la impartición de cursos y conferencias y de la explotación de fincas rústicas, a cuyo efecto se proponía de nuevo la prueba documental inadmitida en la primera instancia relativa al libramiento de oficio a determinadas entidades bancarias para que suministraran información relativa a movimientos de cuentas desde el año 2000, así como a rendimientos y operaciones de compraventa de valores y fondos de inversión en los ejercicios 2001 a 2003; y, por otro lado, en orden al régimen de visitas, mantenía la necesidad de la prueba pericial psicológica en el sentido indicado en el informe psicosocial, a cuyo fin se proponía de nuevo.

Por Auto de la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de abril de 2004 se rechazó el recibimiento a prueba en segunda instancia, lo que se justificó en el fundamento de Derecho único en que “dadas las cuestiones debatidas en la apelación, y teniendo en cuenta la prueba ya practicada en los autos, que se considera suficiente para resolver las pretensiones de ambas partes (de orden personal —régimen de visitas— y económico —pensión alimenticia y pensión compensatoria), no se considera necesaria ni pertinente la prueba propuesta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 460 de la Ley de enjuiciamiento civil, por lo que procede su denegación”.

Contra dicho Auto la parte demandada formuló recurso de reposición, con fundamento en la necesidad y pertinencia de la prueba propuesta y en el cumplimiento de los requisitos procesales. Respecto de la documental bancaria porque, se razonaba, se dirige a conocer la verdadera capacidad económica del marido, estableciendo el art. 770.1 LEC que el actor debe aportar los documentos que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y de los hijos, entre otros, certificaciones bancarias; por lo que, ante la pasividad del actor, resultaba necesario el libramiento de los oficios solicitados a las distintas entidades bancarias que relacionaba a fin de conocer su real capacidad económica para fijar adecuadamente las pensiones alimenticia y compensatoria, capacidad que no podía coincidir con la por él declarada, según se desprendía de las numerosas propiedades de la que era titular. Por otro lado, respecto de la prueba pericial, justificaba su necesidad al objeto de determinar el alcance del régimen de visitas en la forma que más beneficiara al interés de los menores; indicando que en el propio informe psicosocial se recomendaba que el grupo familiar fuera explorado por un psicólogo.

El recurso de reposición fue desestimado por Auto de 27 de mayo de 2004, cuyo fundamento jurídico único dispone que “los alegatos de la parte demandada apelante no desvirtúan en modo alguno, las consideraciones jurídicas expuestas en la resolución impugnada que, en consecuencia, han de darse por plenamente reproducidas en el presente momento procesal, determinando el rechazo de la impugnación formulada”.

c) Con fecha 4 de junio de 2004, la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia en el rollo de apelación núm. 215-2004, desestimando el recurso interpuesto contra la Sentencia dictada en fecha 17 de diciembre de 2003, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Colmenar Viejo en los autos de separación núm. 15-2003, confirmando íntegramente la resolución impugnada.

3. La recurrente alega en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en conexión con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), como consecuencia de la denegación de la prueba documental bancaria y de la falta de práctica completa de la prueba pericial psicológica.

4. Por providencia de 21 de diciembre de 2005 la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda, ordenando, en virtud de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Colmenar Viejo a fin de que remitieran, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 215-2004 y a los autos de separación conyugal núm. 15-2003; así como para que se procediese al emplazamiento de quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 6 de febrero de 2006, conforme al art. 52. 1 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. La demandante de amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido por escrito registrado en fecha 21 de febrero de 2006, mediante el que se ratifica en las alegaciones formuladas en su escrito de demanda.

7. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 6 de marzo de 2006, evacuó el trámite de alegaciones conferido, interesando, tras la subsunción de la queja de la recurrente en el dere-

cho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24. 2 CE), la desestimación del recurso de amparo. En primer lugar señala que la prueba solicitada se admitió y practicó parcialmente en la primera instancia. Por lo que respecta a la situación patrimonial del esposo obran en las actuaciones declaraciones de renta —que objetivamente reflejan o deben reflejar las rentas percibidas a consecuencia del trabajo—, certificaciones del centro de trabajo acreditativas de sus emolumentos, e informe pericial agrónomo sobre la rentabilidad de los inmuebles rústicos poseídos en comunidad con su familia. Añade que, aun cuando se denegara el libramiento de oficios a entidades bancarias, no hubo lesión constitucional. Considera que la negativa se hizo inicialmente sin motivación específica, pero que ese defecto se reparó por la denegación razonada de la prueba en segunda instancia y que, en todo caso, no produjo indefensión por existir sobreabundante prueba de la situación patrimonial del esposo, siendo la denegada prueba complementaria de la anterior. En segundo lugar, por lo que respecta a la prueba psicológica sobre el entorno familiar, mantiene que, aun cuando en el informe inicial se recomendara la confirmación de los datos por un psicólogo, un informe complementario de otro experto no va a determinar, por su carácter no vinculante, una distinta solución a la que se tomó en orden al régimen de custodia (sobre el que hay acuerdo) y en el de visitas (en el que no parece haber diferencias relevantes), debiendo además pensarse que el Juez se valió también para sus decisiones de la exploración de los menores, según refleja la Sentencia. En definitiva, concluye que la prueba fue practicada en la primera instancia y que, en todo caso, su denegación por la Audiencia se razonó adecuadamente, sin que existiera indefensión para la recurrente al constar acreditado el patrimonio y los ingresos del cónyuge, así como la situación del entorno familiar, para tomar una decisión en orden al régimen de visitas de los menores y comunicación con el padre.

8. Por providencia de 5 de octubre de 2006 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 9 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. En la presente demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24. 1 CE), en conexión con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), como consecuencia de la denegación de prueba documental bancaria y de la falta de práctica completa de la prueba pericial psicológica, lo cual ha producido indefensión a la recurrente. Así, con relación a la prueba documental bancaria, aduce que se estimaba necesaria para resolver sobre las cuestiones planteadas en torno a la pensión de alimentos para los hijos y respecto a la pensión compensatoria para la

esposa, por cuanto el esposo se había limitado a presentar sus declaraciones tributarias y una certificación de uno de los colegios donde se desarrolla su actividad laboral, obviando aportar certificaciones de otro tipo que permitieran conocer su verdadera situación económica, cuando el art. 770.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) establece que el actor debe aportar los documentos que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y de los hijos, entre otros, certificaciones bancarias. Por ello critica que en los Autos por los que se rechazó la práctica de prueba en segunda instancia se razonara que no se consideraba necesaria ni pertinente la prueba propuesta en segunda instancia, por estimar que la prueba ya practicada era suficiente para resolver las pretensiones de ambas partes, y que, posteriormente, en la Sentencia se desestimaran sus pretensiones en orden a las indicadas pensiones con fundamento en que “ha quedado acreditado que el esposo percibe unos ingresos superiores a los 2000 euros, sin que consten con claridad cuales puedan ser los beneficios que percibe por razón de la titularidad de acciones y participaciones, o por la explotación de fincas rústicas”, cuando esos extremos eran precisamente los que pretendían acreditarse a través de la prueba documental propuesta y denegada.

Por otra parte, respecto a la prueba pericial psicológica, se argumenta que resultaba imprescindible al objeto de determinar el alcance del régimen de visitas, y que fue inicialmente admitida en primera instancia al acordarse el informe del equipo psicosocial adscrito al Juzgado sobre el grupo familiar, equipo que, reconociendo su incapacidad, proponía que el grupo familiar fuese explorado por un psicólogo, profesional del que no disponía dicho equipo técnico.

Por su parte el Ministerio Fiscal, como más detalladamente se expone en los antecedentes, tras subsumir la queja de la recurrente en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24. 2 CE), propone la desestimación de la demanda de amparo por considerar, respecto a la prueba documental bancaria, que aun cuando no se motivó su rechazo en la primera instancia, sí se hizo en la segunda y no se produjo indefensión, por cuanto existía sobreafluente prueba de la situación patrimonial del esposo, siendo la denegada prueba complementaria de la anterior; y, por lo que respecta a la prueba psicológica sobre el entorno familiar, por su carácter también complementario, así como porque había acuerdo en orden al régimen de custodia y las diferencias sobre el régimen de visitas no parecen relevantes; debiendo pensarse, además, que el Juez también valoró la exploración de los menores.

2. Como mantiene el Ministerio Fiscal, aunque la recurrente alegue formalmente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), de la argumentación en la que se fundamenta su queja —indebida denega-

ción de la prueba oportunamente propuesta— y de la doctrina constitucional citada por la misma se infiere con claridad que el derecho fundamental concernido en las actuaciones de las que deriva el presente recurso de amparo no es otro que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

Siendo ello así, debe comenzarse por recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental a la prueba consagrado en el art. 24.2 CE. Buena síntesis de la misma se ofrece en la STC 71/2003, de 9 de abril, FJ 3:

“a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el Ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, FJ 2).

c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 236/1999, de 20 de

JURISPRUDENCIA • TC •

diciembre, FJ 5; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea 'decisiva en términos de defensa' (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, FJ 2; 45/2000, FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, FJ 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2; 45/2000, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28)".

3. En el presente caso ninguna de las resoluciones judiciales que denegaron la práctica de la prueba en segunda instancia argumenta que la prueba denegada no se solicitara en la forma y momento legalmente establecidos, como tampoco lo aduce el Ministerio Fiscal, pese a solicitar la desestimación del recurso de amparo, debiendo por tanto considerarse cumplido el requisito de proposición en tiempo y forma legal, como por otra parte corrobora el examen de las actuaciones, pues, además de solicitarse algunas pruebas con carácter anticipado, volvió a proponerse la prueba en el momento legalmente previsto durante la primera instancia en la vista del juicio verbal (arts. 443.4 y 753 LEC), y se formuló protesta por la prueba rechazada. Igualmente se propuso la prueba en segunda instancia en momento y tiempo oportu-

nos, al reiterarse la solicitud de práctica de la prueba denegada en la primera instancia en el escrito de interposición del recurso de apelación (art. 460.2 LEC) y, frente al Auto de 30 de abril de 2004, que rechazaba el recibimiento del pleito a prueba en la segunda instancia, se formuló el oportuno recurso de reposición (art. 451 LEC).

4. La cuestión central del presente recurso de amparo reside en determinar si se denegó la prueba propuesta mediante una motivación constitucionalmente admisible y si la falta de actividad probatoria se tradujo en una efectiva indefensión de la recurrente, por ser la prueba propuesta y denegada decisiva en términos de defensa. Como se ha anticipado, la labor de determinar la prueba admisible corresponde en principio a los órganos judiciales, ya que este Tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna, o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable.

En el presente caso la Audiencia expuso las razones determinantes de la denegación de la prueba en su Auto de 30 de abril de 2004, pues el Auto de 27 de mayo de 2004, mediante el que se desestimaba el recurso de reposición, se remitía a las consideraciones efectuadas en el primer Auto. En éste se aducía que, dadas las cuestiones debatidas en la apelación (de orden personal —régimen de visitas— y económico —pensión alimenticia y pensión compensatoria), se consideraba suficiente para resolver las pretensiones de ambas partes la prueba ya practicada en los autos, no estimando necesaria ni pertinente la prueba propuesta en la segunda instancia.

Ciertamente, el derecho fundamental a la prueba no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino el derecho a la admisión y práctica de la que sea pertinente, habiendo sido considerada la pertinencia en la doctrina constitucional como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 71/2003, de 9 de abril, FJ 3; y 121/2004, de 12 de julio, FJ 4, entre otras). En términos similares el legislador procesal civil define la prueba pertinente como la que "guarda relación con lo que sea el objeto del proceso" (art. 283.1 LEC), el cual, por otro lado, caracteriza como pruebas inútiles aquellas que, en ningún caso, puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283.2 LEC).

A la vista de lo anterior debe concluirse que el rechazo de la prueba documental bancaria propuesta para acreditar la verdadera situación económica del esposo no se fundó en una interpretación razonable de la legislación procesal. Por un lado, reconociéndose como cuestiones debatidas en la apelación la pensión alimenticia y la pensión compensato-

ria, cuyo aumento pedía la esposa y cuya disminución solicitaba el esposo, en ningún caso resulta razonable interpretar que la información solicitada sobre los movimientos de las cuentas bancarias del esposo fuera impertinente, es decir, que no guardaba relación con el objeto del proceso; ni que fuera inútil, cuánto más cuando respecto de los procesos de separación y divorcio el legislador menciona expresamente como documentos que permiten evaluar la situación económica de los cónyuges las certificaciones bancarias (art. 770.1 LEC), y cuando la recurrente aducía como indicio de que los ingresos declarados no coincidían con los reales el hecho de que sólo con los ingresos declarados no podía alcanzarse un patrimonio como el que había adquirido el esposo.

Pero tampoco puede considerarse justificación suficiente la ausencia de necesidad esgrimida. Por una parte porque a lo largo del proceso no se explicita por parte de la Audiencia ningún razonamiento concreto a través del cual conocer la ratio decidendi que sustenta la falta de necesidad alegada. Por otra parte porque esa afirmación inicial sobre la falta de necesidad de la prueba resulta contradicha en la Sentencia de apelación, que desestima las pretensiones económicas de la demandada aquí recurrente por estimar que no constan con claridad cuáles puedan ser los beneficios que percibe el esposo por razón de la titularidad de acciones y participaciones, o por la explotación de fincas rústicas, cuando esos extremos eran precisamente los que perseguían acreditarse a través de la prueba documental propuesta y denegada.

Ello conecta con el último de los requisitos exigidos referente al carácter decisivo de la prueba propuesta y denegada en términos de defensa, produciendo indefensión a la recurrente, pues su carácter decisivo resulta de la propia argumentación de la Sentencia de apelación, la cual funda la desestimación de la pretensión de incremento de las pensiones alimenticia y compensatoria precisamente en la falta de acreditación de que existieran ingresos superiores a los declarados, procedentes de la titularidad de acciones y valores o de la explotación de fincas rústicas, que es, cabalmente, lo que se perseguía acreditar mediante la información bancaria solicitada. De este modo se rechaza la pretensión de incremento de las pensiones con fundamento en la falta de prueba de ciertos hechos que no ha sido posible acreditar por causa imputable al órgano judicial, pudiendo razonablemente afirmarse que el resultado de la resolución hubiese podido ser otro si se hubiera dado la posibilidad de demostrar a la demandante de amparo la existencia de ingresos superiores a los declarados por el padre y marido. Por lo que, con relación a la prueba documental bancaria, debe apreciarse la vulneración del derecho a la prueba consagrado en el art. 24.2 CE.

5. Por el contrario no se llega a la misma conclusión respecto a la prueba pericial psicológica cuya ampliación fue recha-

zada. En este sentido debe recordarse que el Juzgado acordó la prueba propuesta por la aquí recurrente consistente en que se emitiera informe por el equipo psicossocial adscrito al Juzgado, el cual fue practicado, aun manifestando la conveniencia de que su resultado fuera ampliado por un psicólogo del que carecía el equipo informante. Solicitada en esa línea la ampliación de la prueba pericial por la aquí recurrente, ello fue rechazado por el Juzgado en la vista, con fundamento en que no se discutía la custodia, sino sólo parte del régimen de visitas.

Ciertamente la fundamentación expresada por el Juzgado y la cuestión debatida en el proceso difícilmente permitirían apreciar una motivación arbitraria o irrazonable del rechazo de la ampliación de dicha prueba. Cabe recordar que la solicitud de esta prueba se reiteró en el escrito de interposición del recurso de apelación con el fin de que se informara al Tribunal sobre las necesidades afectivas y alcance de las medidas que debían adoptarse respecto de los hijos menores del matrimonio, y limitándose la discrepancia en la apelación a solicitar que del régimen de visitas establecido se suprimiera el día entre semana establecido por el Juzgado. Es decir, existiendo acuerdo entre las partes en que la custodia se atribuyera a la madre y en que el padre disfrutara de régimen de visitas, como advierte el Ministerio Fiscal, se centraba la discrepancia en apelación en que la demandada quería que se suprimiera el día entre semana porque le dificultaba que hiciera sus deberes, perdiendo cuarenta minutos entre ida y vuelta. En virtud de las circunstancias expuestas no puede reputarse irrazonable que el Juzgado se considerara suficientemente informado sobre el alcance de las medidas a adoptar respecto de los hijos menores a la luz del contenido del informe del equipo psicossocial y de la propia exploración judicial del hijo menor de edad en el acto del juicio, ni la confirmación de dicha resolución en apelación, ni puede considerarse irrazonable la apreciación judicial de la conveniencia de mantener la comunicación en la tarde semanal para la continuidad de la relación afectiva y familiar entre el progenitor no custodio y los hijos menores, así como de la posibilidad de que éstos puedan hacer sus deberes en compañía de aquél; como tampoco puede atribuírse a dicha prueba el carácter decisivo que requiere la doctrina de este Tribunal.

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 parcialmente el amparo solicitado por doña Elvira Pico Soler y, en consecuencia:

1º Declarar que se ha vulnerado de la demandante de amparo el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE).

2º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de junio de 2004 y de los Autos de dicha Sección de 30 de abril y 27 de mayo de 2004, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que la Audiencia se pronuncie de nuevo sobre la solicitud de la prueba efectuada con respeto al derecho fundamental vulnerado en los términos establecidos en el fundamento jurídico cuarto.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”. Dada en Madrid, a nueve de octubre de dos mil seis.

COMENTARIO A LA SENTENCIA 291/2006, DE 9 DE OCTUBRE. RECURSO DE AMPARO 4470-2004

La sentencia comentada versa sobre el desarrollo de un recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional por la Sra. Elvira Pico Soler.

El ejercicio de la acción para la interposición del recurso trae causa del pleito de separación conyugal entablado entre el Sr. Muñoz Ruata y la referida Sra. En orden a la obtención de los resultados deseados por la Sra. Pico Soler se proponen diversas pruebas. Entre ellas, informe del equipo psicossocial adscrito al Juzgado que conoció de los hechos en Primera Instancia, informe sobre los rendimientos de ciertas fincas rústicas copropiedad del Sr. Muñoz Ruata, así como prueba documental referente al libramiento de oficio a determinadas entidades bancarias para que suministrasen información relativa a movimientos de cuentas y operaciones de compraventa de valores y fondos de inversión en los ejercicios 2001 a 2003.

Mediante providencia se admitió parte de la prueba propuesta rechazándose el resto. El letrado de la Sra. Pico Soler formuló protesta por la prueba inadmitida. Se emitió informe por el equipo técnico psicossocial que, tras entrevistarse con los hijos menores del matrimonio y el padre y la madre de forma separada concluye que no es posible la valoración sobre el caso ante la necesidad de poder confirmar los datos aportados por los menores y la necesidad de que el grupo familiar fuera estudiado por un psicólogo, ausente en el referido equipo.

Con estos antecedentes el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que se acuerda la separación, concediendo una pensión alimenticia de 300 euros al mes para cada hijo menor, así como una pensión compensatoria mensual de 400 euros para la esposa que debe pagar el padre y marido respectivamente, pensiones cuyo *quantum* ha sido fijado atendiendo a los ingresos del trabajo y a la actividad profesional del marido y padre de los niños.

Nos encontramos ante una separación contenciosa regulada por la legislación anterior a la reforma del Derecho de Familia experimentada por Ley 15/2005, de 8 de julio, en donde la separación, como paso previo a la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, había de ser causal, amparándose para ello en alguno de los motivos que recogía el artículo 82. Actualmente, tras la reforma experimentada por la Ley previamente enunciada, no tiene sentido la solicitud de la separación como paso previo al divorcio al establecer el vigente artículo 86 la disolución judicial del matrimonio por la petición de uno de los cónyuges o de uno con el consentimiento del otro cuando concurren los requisitos y circunstancias enunciados en el artículo 81, precepto regulador de la separación matrimonial que establece que éste se podrá obtener judicialmente a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro *una vez que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio*, sin alegar causa alguna, acompañando la solicitud de separación o divorcio de la propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90.

En la sentencia comentada la pensión compensatoria que ha de recibir la esposa ha sido determinada judicialmente, por lo tanto, trae causa de un proceso contencioso. Esta pensión por desequilibrio económico la concede el actual artículo 97 del Código a aquel cónyuge al que la separación o el divorcio le provoque, en relación con la posición del otro, un empeoramiento en la situación anterior al matrimonio. Esta pensión se fijará necesariamente por resolución judicial y podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

Nos encontramos ante un recurso arbitrado por el legislador con el objetivo de neutralizar, en cierta medida, los efectos económicos negativos producidos por una sentencia de separación o divorcio al ocasionar el cese del deber de asistencia y socorro que, según los artículos 67 y 68 del Código Civil, les compete durante la vida matrimonial.

El monto de esa pensión se establece atendiendo a circunstancias tales como: acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges, edad y estado de salud del cónyuge que sufre el desequilibrio, cualificación profesional y posibilidades de acceso a un empleo, dedicación pasada y futura a la familia, colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, pérdida eventual de un derecho de pensión como consecuencia de la separación o el divorcio y que de no haberse dado la conservaría, caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge así como cualquier circunstancia relevante.

Recordemos que atendiendo a los *ingresos de trabajo y a la actividad profesional del marido* la cuantía de la prestación compensatoria que había de recibir la Sra. Pico Soler se cifra en 400 euros. Ante la disconformidad de la misma, formula recurso de apelación solicitando una cantidad de 900 euros

mensuales alegando para ello que la verdadera capacidad económica del marido era muy superior a la apreciada por el Juzgado de Primera Instancia, afirmando que había ocultado información económica relevante al percibir rendimientos superiores a los declarados procedentes de acciones y participaciones, de la impartición de cursos y conferencias y de la explotación de fincas rústicas por lo que proponía de nuevo la prueba documental inadmitida en Primera Instancia relativa al libramiento de oficio a determinadas entidades bancarias para que suministraran información relativa a un rendimiento de cuentas desde el año 2000, así como a rendimientos de compraventas de valores y fondos de inversión en los ejercicios 2001 a 2003. Sin embargo, por Auto de la Audiencia Provincial, se rechaza el recibimiento a prueba en segunda instancia.

Por lo que respecta a la pensión de alimenticia que se concedió a los hijos nos encontramos ante una medida adoptada en virtud del actual artículo 93 del Código Civil a tenor del cual el Juez *determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento*. Esta pensión de alimentos toma como medida de su cuantía la capacidad económica de ambos progenitores. La cuantía a la que ascendía la debida por el Sr. Muñoz Ruata a sus hijos menores era de 300 euros por cada uno de ellos. Sin embargo, en opinión de la otra contendiente la verdadera capacidad económica del marido era muy superior a la demostrada, por lo que solicita la necesidad y pertinencia de la prueba propuesta con el fin de conocer su real capacidad económica para fijar adecuadamente las pensiones alimentaria y compensatoria.

Sin embargo, esta propuesta vuelve a ser desestimada.

Esta circunstancia motiva que la interesada interponga recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución en conexión con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 de la Constitución). Argumenta para ello que la prueba documental bancaria solicita-

da y que le fue denegada era necesaria para resolver las cuestiones planteadas respecto a la pensión alimenticia y compensatoria, ya que el esposo se había limitado a presentar sus declaraciones tributarias y la certificación de uno de los colegios donde desarrollaba su actividad profesional, obviando el resto.

Nos encontramos, por lo tanto, ante la reclamación del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para poder defenderse. Queda demostrado que la prueba propuesta lo fue en tiempo y forma por lo que la cuestión a dilucidar en el recurso de amparo es si la denegación de la actividad probatoria está motivada constitucionalmente, pues de lo contrario provoca indefensión en la actuante.

A este respecto recordemos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el referido derecho fundamental. Este sentido afirma el mencionado órgano judicial que *el derecho a realizar una prueba no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino el derecho a la admisión y práctica de la que sea pertinente, habiendo sido considerada la pertinencia en la doctrina constitucional como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi*²⁵. A la vista de estos pronunciamientos el Tribunal Constitucional, en la sentencia comentada, concluye que *en ningún caso resulta razonable interpretar que la información solicitada sobre los movimientos de cuentas bancarias del esposo fuera impertinente, es decir, que no guardaba relación con el objeto del proceso; ni que fuera inútil, cuanto más cuando respecto de los procesos de separación y divorcio el legislador menciona expresamente como documentos que permiten evaluar la situación económica de los cónyuges las certificaciones bancarias y cuando la recurrente aducía como indicio de que los ingresos declarados no coincidían con los reales ya que con los ingresos declarados no podía alcanzarse un patrimonio como el que había adquirido el esposo*.

Este análisis lleva al Tribunal Constitucional a declarar vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución en relación con la prueba documental bancaria, pues de haberse admitido la procedencia de la misma en las Instancias civiles el resultado de las resoluciones judiciales hubiera sido diferente. (Dra. M^a Soledad de la Fuente Núñez de Castro. Profesora Ayudante-Doctora. Derecho Civil. Universidad de Málaga).

²⁵ SSTC 26/200, de 31 de enero o 121/2004, de 12 de julio, entre otras.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 311/2006, DE 23 DE OCTUBRE DE 2006. ACCIÓN POPULAR EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6148-2005, promovido por la Generalitat Valenciana, representada por la Letrada doña Amparo Montoro Blasco, contra el Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de julio de 2005. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en la sede de este Tribunal de 6 de septiembre de 2005, la Letrada de la Generalitat Valenciana doña Amparo Montoro Blasco interpuso recurso de amparo contra el Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de julio de 2005, en virtud del cual se denegó la personación al Gobierno de la Generalitat Valenciana en ejercicio de la acción popular en el procedimiento del Tribunal de Jurado 1-2004 seguido en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Xàtiva (Valencia) por presunto delito de homicidio.

2. Los hechos más relevantes para la resolución del presente amparo son los siguientes:

a) Mediante escrito de 14 de enero de 2005, el Gobierno de la Generalitat Valenciana interpuso querrela personándose en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Xàtiva, en el procedimiento de Tribunal de Jurado 1-2004, en ejercicio de la acción popular al amparo de los arts. 125 CE, 19.1 LOPJ y 101 LECrim. Mediante providencia de 19 de enero de 2005 el citado Juzgado acordó tener por personada a la Letrada de la Generalitat en su representación y en calidad de acusadora en ejercicio de la acción popular.

b) El Ministerio Fiscal se opuso a dicha personación sosteniendo que la Generalitat Valenciana, en cuanto Administración pública, no tenía encaje en el concepto de ciudadanos del art. 125

CE, pues éste término solo se refiere a personas privadas. El Juzgado confirmó la personación en Auto de 25 de febrero de 2005, en cuyo fundamento jurídico primero se razona que la acción penal es pública no sólo porque afecta a intereses públicos sino porque puede ser ejercida por todos los ciudadanos en ejercicio de la acción popular, no solo por los ciudadanos directamente lesionados por el delito sino por cualquiera que resulta lesionado indirectamente en cuanto integrantes de la sociedad:

“En concordancia con este criterio clásico de nuestro ordenamiento procesal, el art. 24.1 CE previene el derecho a la tutela judicial efectiva para la defensa de los derechos e intereses legítimos —criterio legitimador para el ofendido directamente por el delito— y en su art. 125, la facultad de ejercitar la acción popular —criterio legitimador universal para los ciudadanos. La acción popular es, pues, un derecho fundamental derivado de su reconocimiento constitucional, al tiempo que es un derecho cívico, porque pertenece a los españoles como personas físicas, así como a las personas jurídicas, extremo o ampliación que si en tiempos pretéritos fue cuestionado, hoy es admitido sin reservas. El Ministerio Fiscal funda la impugnación ... en lo declarado por el Tribunal constitucional en su sentencia núm. 129/2001 ... si bien ... el Tribunal Supremo, en Auto de 20 de enero 2004, causa especial núm. 87-2002, como contrapunto aduce en el fundamento de Derecho segundo que ‘ciertamente en esa Sentencia se declara que el Gobierno Vasco carece de legitimación para el ejercicio de esa acción, sin embargo hay que subrayar, por su excepcionalidad, el ámbito estricto en el que se rechaza esa legitimación ... La acción ejercitada lo era por un delito de calumnias del que pudiera ser víctima la Policía Autónoma Vasca. El propio Tribunal Constitucional tiene declarado —cfr. STC 64/1988 ...— que, ‘por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1 de la Constitución como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, en la medida en que la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden’, y tras exponer la doctrina de su propia Sala sobre la legitimación para el ejercicio de la acción popular a través de la interpretación amplia de la expresión ‘ciudadanos’ empleada en el art. 125 de la CE, y 101 y 270 LECrim, inspirada en la del Tribunal Constitucional, finaliza diciendo ‘vista la jurisprudencia que se deja expresada así como la consolidada doctrina que inspira una interpretación amplia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción, y la inexistencia de precepto alguno que impida al Gobierno de una Comunidad Autó-

noma ser parte en un proceso penal, todo ello permite reconocer al Gobierno Vasco legitimación para interponer la querrela objeto de estas diligencias ...' Interpretación ésta favorable al principio pro actione y al derecho de acceso a la jurisdicción que compartimos, siendo que el derecho a la personación en un proceso penal que se asienta en el art. 125 CE, tiene su conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y que estimamos aplicable al caso de autos en atención a la naturaleza pública del delito objeto del presente proceso penal, en el que el bien jurídico protegido lesionado es el derecho fundamental a la vida (art. 15 de la CE), si bien, en atención a las circunstancias que rodean a los hechos y a los indicios racionales de criminalidad que recaen sobre el imputado en la presente causa, aparentemente los hechos objeto de este proceso penal tienen una conexión evidente con el fenómeno de todos conocido como de la violencia doméstica, por lo que resultan indirectamente afectados otros derechos y valores constitucionales distintos: la dignidad de la persona (art. 10 CE), el respeto al derecho de igualdad (art. 14), el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad (art. 27), el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32), y la protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos —con independencia de su filiación— y de las madres (art. 39)... , pues es claro que el problema de la violencia doméstica ha dejado de ser un problema de ámbito privado para convertirse en uno de los problemas de ámbito social más importantes, lo que ha llevado a los poderes públicos a asumir el papel que les corresponde con el objetivo de lograr la plena erradicación de los malos tratos en el ámbito familiar y la protección de las víctimas que los sufren, implementando políticas de información y campañas de educación social de los valores de la no violencia y de la no discriminación, junto con medidas legislativas eficaces para la persecución de aquellas conductas que más gravemente atentan a los derechos de las mujeres y de los menores enmarcándose la Llei 9/2003, de 2 de abril de la Generalitat Valenciana per la Igualtat entre Dones i Hòmens, en esa actuación institucional contra la violencia doméstica, Ley que en su art. 36 habilita a la Conselleria con competencias en materia de la mujer para proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular en los casos de violencia doméstica en que se causa la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana, lo que es muestra de la voluntad de la Administración Autónoma de ir más allá de la labor asistencial a las víctimas para adoptar una postura activa en los procesos judiciales seguidos por tales hechos coadyuvando en la represión de los mismos; por lo que, desde esta perspectiva, la Generalitat Valenciana, por medio de la acción popular, actúa en defensa de un interés común general, en defensa de valores y derechos lesionados mediatamente por los hechos objeto de la presente causa penal ”.

c) El Ministerio Fiscal recurrió dicho Auto en reforma, siendo desestimado el recurso por el Juzgado en Auto de 30 de marzo de 2005. Las razones apuntadas por el Ministerio Fiscal residieron en que la Generalitat no habría fundamentado de forma su-

ficiente que su interés legítimo fuera ajeno al ejercicio de sus potestades públicas y en que la interpretación del término ciudadano del art. 125 CE no admitiría a las personas jurídico-públicas. Frente a estos argumentos el Juzgado de Instrucción reiteró sus razones y añadió que las únicas exclusiones a la legitimación extraordinaria que implica la acción popular se encuentran recogidas en los arts. 102 y 103 LECrim no figurando entre ellas “la naturaleza pública de los sujetos actuantes”. De otra parte, afirmó que lo característico de la acción popular reside en que quien la ejercita no tiene que afirmar :

“en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial o moral, razón por la que debe decaer la argumentación del ministerio fiscal, relativa a la no justificación por la Generalitat Valenciana de que su intervención en la presente causa se fundamente en un interés legítimo, más si cabe si tenemos en cuenta que la doctrina del Tribunal constitucional invocada por el Ministerio fiscal como fundamento de su recurso es la recaída con ocasión de declarar el Tribunal constitucional que la legitimación extraordinaria del art. 125 de la Constitución española goza de la protección especial del recurso de amparo cuando el ciudadano puede alegar que al defender un interés común y general de la sociedad está también defendiendo un interés legítimo suyo, doctrina ... que se invoca por el Ministerio Fiscal de forma descontextualizada y en contradicción con la esencia misma de la acción popular. — Por todo lo expuesto nos decantamos por una interpretación favorable al principio pro actione y al derecho de acceso a la jurisdicción, siendo que el derecho a la personación en un proceso penal que se asienta en el art. 125 de la constitución española tiene su conexión en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ... el único cuya titularidad corresponde por igual a los sujetos privados y públicos, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, pues este derecho fundamental se refiere, además de a los derechos, a los intereses legítimos, intereses éstos que, al englobar todos los legítimos, no hace acepción de su carácter público o privado, interpretación ésta que se ve respaldada por la inexistencia de precepto legal que impida al gobierno de una Comunidad Autónoma ser parte en el proceso penal como acusador popular”.

d) El Ministerio Fiscal recurrió esta resolución en apelación y la Audiencia Provincial estimó su recurso negando, por consiguiente, legitimación a la Generalitat Valenciana para el ejercicio de la acción popular. El Auto de 19 de julio de 2005, dictado en apelación y recurrido en este amparo, comienza recogiendo el art. 36 de la Ley de la Generalitat Valenciana 9/2003 y los fundamentos de la STC 64/1988, de 12 de abril, relativos a la limitación de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas. Posteriormente sostiene:

“Este precepto constitucional [art. 125 CE] refiere exclusivamente a ‘los ciudadanos’, que es concepto que debe aplicarse en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean jurídicas, tan-

to por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública, y más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política. — Tercero.- Por lo manifestado anteriormente, la Generalitat Valenciana, dada su condición de órgano colegiado que ostenta las funciones ejecutivas y administrativas de la Comunidad Valenciana, no está capacitada, ni para personarse como acusación particular, al no poder ser considerado directamente perjudicado, ni para instar la acción popular, reservada exclusivamente, según lo dispuesto en los arts. 125 CE y 101 LECrim, a los ciudadanos. — En este caso concreto, se da la circunstancia de que aparte de a acusación pública, ejercitada por el Ministerio Fiscal, se han personado dos acusaciones particulares; una ejercitada por los familiares de la víctima y la otra por el Colegio de Graduados Sociales, en la que la misma estaba colegiada. — Cuarto.- Se debe llegar a la conclusión de que el artículo 36 de la Ley 9/2003 de la Generalitat Valenciana crea una nueva forma de acusación, invadiendo la legislación estatal y la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional”.

3. La demanda alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, por cuanto la resolución impugnada deniega la personación del Gobierno Valenciano con una interpretación restrictiva de los presupuestos de la legitimación establecidos para ejercer la acción penal, que es contraria a dicho derecho y al principio pro actione.

En primer término, partiendo de la interpretación realizada por este Tribunal en las SSTC 62/1983 y 147/1985 sobre la conexión entre el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), razona que este derecho incluye el de ejercer la acción popular en el proceso penal “en su régimen legal concreto”, de modo que resulta protegido en amparo mediante dicho cauce, cuando una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para el ejercicio de la acción popular comporta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este contexto, se razona en la demanda que, si bien este derecho es reconocido en principio a las personas privadas, sin embargo, se ha reconocido también a las personas jurídico-públicas (entre muchas, SSTC 64/1988, 99/1989). De otra parte, sostiene que si, como se declaró en la STC 64/1999, la Constitución en su art. 125 ha dejado un amplio espacio para que la ley establezca o no los procesos en los que cabe la acción popular y con qué requisitos, de modo que la acción popular existe cuando la ley así lo establece, el ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana se fundamenta en el art. 36 de la Ley valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad de hombre y mujeres. Pues bien, entiende que la inaplicación de esta ley, desconociendo los principios básicos de un sistema democrático encarnados en la dignidad de una ley aprobada por un Parlamento autonómico, que representa la voluntad del pueblo valenciano, le legitima no solo para impetrar

la defensa de su derecho a la tutela judicial, sino también la defensa de su derecho al proceso con todas las garantías (SSTC 58/2004, 173/2002, 45/2004, y ATC 87/2004). Señala la recurrente que la protección de la mujer es competencia exclusiva de la Generalitat Valenciana (art. 31.26 del Estatuto de Autonomía). Al amparo de dicha competencia se habría dictado la Ley 9/2003, que incluye una serie de medidas amplias dirigidas a la eliminación de la discriminación, en especial prestando atención a las víctimas de violencia de género. En este marco se ubica el art. 36 que establece la posibilidad de que el Consell de la Generalitat se persone en los procesos penales en supuestos de agresiones físicas domésticas que causen lesiones graves o muerte de mujeres residentes en la Comunidad Autónoma de Valencia.

Vendría a confirmar su pretensión de personación en dichos procesos, lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que ha establecido en su art. 29.2 que “el titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia”. Por su parte, el art. 61.2 de la misma Ley 1/2004 establece que “en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberán pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción”.

En atención a todo ello entiende que la Generalitat ostentaba un interés legítimo al personarse para ejercer la acción popular y que dicha personación estaba amparada legalmente, de modo que “una vez vigente la Ley 9/03 que prevé el ejercicio de la acción popular por parte de la Comunidad Autónoma en procesos penales seguidos por actos relacionados con la violencia de género ... el órgano judicial debió admitir su personación o, en caso contrario, plantear la posible inconstitucionalidad de la norma ante el TC, siendo en otro caso contrario al art. 24 CE la decisión por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de un derecho que la Ley 9/03 de la Generalitat Valenciana le reconoce en defensa de su propia competencia en materia de protección de la mujer”.

Aduce, además, de un lado, que también otras leyes autonómicas han previsto la personación de la Administración ejercitando la acción popular, así, la Ley de Castilla-León 1/2003, de 3 de marzo, sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la Ley de Castilla-La Mancha 5/2001, de 17 de mayo, sobre

JURISPRUDENCIA • TC •

normas reguladoras de prevención de malos tratos y de protección a las maltratadas, la Ley de Navarra 12/2003, de 7 de marzo, sobre adopción de medidas integrales contra la violencia sexista o, finalmente, la Ley de Cataluña 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar. Y, de otro, sostiene que son muchos los procedimientos judiciales en los que se ha admitido la personación de una Administración pública ejerciendo la acción popular, no habiéndose planteado objeción por el Ministerio Fiscal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 7, de 8 de marzo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas, núm. 6/2004, de 4 de junio, Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 97/2004, de 27 de abril, Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 9 de noviembre o Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1014/1997, de 9 de julio.

Finalmente, frente a las razones expuestas no podría oponerse lo resuelto por este Tribunal en la STC 129/2001, que desestimó el recurso de amparo interpuesto por el Gobierno Vasco frente a la denegación de su legitimación en un proceso penal, pues entiende que en ese caso se trataba de un delito de calumnias que es un delito privado, mientras que en el caso se trata de un delito público y existe un interés general de todos los ciudadanos, de un problema social de gran envergadura. Por último, sostiene que el hecho de que el Ministerio Fiscal sea el defensor de la legalidad no debería impedir la admisión también como parte acusadora al ente público titular de las competencias de gestión en la materia, porque va en la línea de la legitimidad de los entes públicos.

En definitiva, el órgano judicial con una interpretación de las normas de acceso a la jurisdicción guiada por el principio *pro actione* debió admitir la personación de la Generalitat Valenciana.

4. Mediante providencia de 8 de febrero de 2006, la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Audiencia Provincial de Valencia y al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Xátiva para que en el plazo de diez días remitieran respectivamente testimonio del recurso de apelación núm. 291-2005 y procedimiento de Tribunal de Jurado 1-2004, interesándose al propio tiempo para que se emplazare a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento con la excepción de la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días puedan comparecer en este proceso constitucional. Asimismo, acordó abrir la pieza de suspensión que, tras ser sustanciada, finalizó con el Auto de la Sala Primera de 27 de marzo de 2006, que denegó la suspensión interesada.

5. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 4 de mayo de 2006 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se dio vista de las actuaciones en la Secretaria de la Sala, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que, dentro

de dicho término, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

6. Por escrito registrado en este Tribunal el 9 de junio de 2006 el Ministerio Fiscal ante el Tribunal interesó la desestimación de la demanda de amparo.

Tras recordar la jurisprudencia constitucional relativa a la conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el ejercicio de la acción popular (STC 64/1988) y la relativa a la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las Administraciones públicas ante la negativa de los órganos judiciales de admitir su legitimación para ejercer la acusación particular o la acción popular en causas penales (STC 129/2001) con sus variaciones (ATC de 20 de enero de 2003), se pregunta si cabría sostener la posibilidad de que una entidad de naturaleza pública fuera asimilada a los ciudadanos (art. 125 CE) para ejercer la acción popular frente a delitos diferentes del de calumnias examinado en la STC 129/2001. En este contexto, sostiene que frente al argumento de la diferente naturaleza, privada del delito de calumnias, y pública del delito de homicidio, aducida por la demanda, hay que entender que las calumnias vertidas contra funcionario público o autoridad tienen naturaleza pública (supuesto de la STC 129/2001). Además, señala que la STC 129/2001 no sustenta la desestimación en la naturaleza privada del delito, sino que de “manera apodíctica excluye a entidades públicas como la Generalitat Valenciana o el Gobierno Vasco de la posible titularidad de la acción popular del art. 125 CE”.

De otra parte, entiende que la normativa de referencia citada y relativa a las actuaciones de las entidades públicas —Delegado del Gobierno o entidades autonómicas— parece más bien referida a actuaciones de gestión o protección de índole administrativa antes que de significado procesal o jurisdiccional, de modo que cuando se refiere a éste se menciona alternativamente al Ministerio Fiscal. Afirma que la presencia del Ministerio Fiscal en los procesos garantiza el aseguramiento de los derechos de la víctima del homicidio y la satisfacción del interés social emergente en una causa criminal cuyo origen es la violencia de género. Las Administraciones públicas tienen, en su opinión, la misión y el deber de estar presentes en estos graves hechos, pero ese deber, “aún expresado en exigencia normativa, no puede producir de manera ineludible la exigencia automática de su presencia como accionante popular en un proceso, sino que tal exigencia normativa debe contemplarse a la luz de la institución de la acción popular ex art. 125 CE y la del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto acceso a la jurisdicción, un terreno en el que como indica la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si el término ciudadanos puede extenderse a las personas jurídicas, su extensión no es de carácter expansivo sino que cuando se examina para con las de carácter público o institucional, STC 129/2001, la restricción es de carácter absoluto”.

Por todo ello, concluye afirmando que, aun reconociendo las di-

ferencias entre el delito que dio lugar a la STC 129/2001 y el que es origen de la demanda, esta cuestión no es decisiva para estimar que la doctrina sentada en dicha Sentencia debiera interpretarse en sentido diferente y por tanto, no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la Generalitat Valenciana.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 15 de junio de 2006, la Letrada de la Generalitat Valenciana reiteró las alegaciones de la demanda y su fundamentación.

8. Por providencia de 18 de octubre de 2006 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 23 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Generalitat Valenciana acude en amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su faceta de derecho de acceso a la jurisdicción frente al Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de julio de 2005, en virtud del cual se le denegó la personación para el ejercicio de la acción popular en el procedimiento penal de Tribunal de Jurado 1-2004 seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Xàtiva (Valencia) por presunto delito de homicidio enmarcado en el ámbito de la denominada violencia de género.

Como se ha expuesto con detalle en los antecedentes, la resolución impugnada fundamenta la denegación de la personación en cuatro argumentos: que el término “ciudadanos” al que se refiere el art. 125 CE no admite ser interpretado como comprensivo de la Administración pública; que al no ser perjudicada por el delito carecía de legitimación para ejercer la acusación particular; que, además de la acusación pública ejercida por el Fiscal, se ejercieron dos acusaciones particulares, una por los familiares de la víctima y otra por el Colegio de Graduados Sociales; finalmente, que el art. 36 de la Ley valenciana 9/2003 habría creado una nueva forma de acusación, invadiendo la legislación estatal y contradiciendo la doctrina de este Tribunal Constitucional.

Por su parte, la demandante fundamenta la lesión de su derecho en que la denegación de la personación se sustenta en una interpretación restrictiva y contraria al principio *pro actione* de los requisitos para el ejercicio de la acción popular. En particular, la decisión judicial combatida se sostiene en una interpretación restrictiva del término “ciudadanos” del art. 125 CE utilizado para referirse a los titulares posibles de la acción popular que, además, conllevaría la inaplicación del art. 36 de la Ley valenciana 9/2003, para la igualdad de hombres y mujeres, norma en la que se fundamenta la legitimación para ejercer la acción popular por la Generalitat valenciana, de modo que el órgano judicial no puede inaplicar esta ley sin acudir previa-

mente a plantear sus dudas sobre la constitucionalidad de la misma ante el Tribunal Constitucional.

A la pretensión de amparo se opone el Ministerio Fiscal a partir de lo sentado en la STC 129/2001, de 4 de junio, y de la nula incidencia en el caso de las diferencias entre el delito que se suscitaba en la causa penal origen de la STC 129/2001 y el delito juzgado en el procedimiento penal origen de la presente demanda de amparo a los efectos de interpretar de otra forma el término ciudadanos del art. 125 CE como titular de la acción popular.

2. El examen de la demanda precisa recordar la jurisprudencia de este Tribunal sobre distintos extremos:

a) En primer término, dado que la demandante de amparo ostenta la condición de Administración pública, en particular, de órgano político de una Comunidad Autónoma, hemos de referirnos a los límites de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de entidades jurídico-públicas, pues estas entidades no son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en toda su extensión y contenido. En efecto, en la STC 175/2001, de 26 de julio, el Pleno de este Tribunal, partiendo del carácter excepcional de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva de las entidades jurídico-públicas, declaró que, además de los casos en los que la posición procesal de los sujetos públicos es equivalente a la de las personas privadas en los que el art. 24.1 CE ampara en toda su extensión a las personas jurídico-públicas, éstas son titulares también del derecho de acceso al proceso, así como del derecho a no padecer indefensión en el mismo (FJ 9).

En particular, en relación con el derecho de acceso al proceso sostuvimos en la citada Sentencia que el art. 24.1 CE no exige de la Ley la articulación en todo caso de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento, de modo que corresponde a la Ley procesal determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado, sin que el ordenamiento constitucional admita exclusiones arbitrarias u otras que por su relevancia o extensión pudieran hacer irrecusable el propio derecho de acceso al proceso. Ahora bien, una vez que la Ley ha incorporado los mecanismos procesales, “la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas por el principio *pro actione*” cuando se trata del acceso a la jurisdicción, ya que la limitación del alcance del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa “respecto del legislador, no en relación con el juez” (FJ 9).

b) Desde la STC 62/1983, de 11 de julio (FJ 2), este Tribunal ha reconocido la conexión entre el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin inde-

fensión (art. 24.1 CE); afirmando con posterioridad que una interpretación restrictiva de “las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el ejercicio de la acción popular” puede reputarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), dado que la acción popular constituye un medio de acceso a la jurisdicción (STC 241/1992, de 21 de diciembre, FJ 2; reiterado entre otras en STC 326/1994, de 12 de diciembre, FJ 2). Ahora bien, también hemos declarado que ni el art. 125 CE ni el art. 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos (SSTC 64/1999, de 26 de abril, FJ 5; 81/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3), sino que ésta es una decisión que corresponde al legislador, de modo que si la Ley establece la acción popular en un determinado proceso, como la Ley de enjuiciamiento criminal hace para el proceso penal, la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio *pro actione* que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción “para resolver, precisamente, los problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción” (por todas STC 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

c) Por consiguiente, la denegación de la personación a la Generalitat Valenciana en el procedimiento seguido de Tribunal de Jurado 1-2004 ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Xátiva para ejercer la acción popular tiene relevancia constitucional en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del que es titular la citada entidad pública al tratarse de la denegación del acceso a la jurisdicción penal. Como dijimos en la STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 9, se trata de un ámbito procesal en el que, por excepción, los sujetos públicos pueden invocar el art. 24.1 CE frente a los Jueces y Tribunales.

3. El examen de la vulneración aducida requiere, pues, valorar si la fundamentación que sustenta la decisión del órgano judicial de denegar a la recurrente la personación para el ejercicio de la acción popular se ajusta al contenido del derecho de acceso a la jurisdicción que integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Pues bien, al margen de que sobre el argumento relativo a la imposibilidad de que la entidad ejerza la acusación particular por no ser perjudicada por el delito nada puede oponerse desde la perspectiva constitucional, los tres argumentos que se refieren de forma específica a la imposibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana no pueden ser tenidos por conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues impiden de forma absoluta el ejercicio de esta clase de acción por las entidades jurídico-públicas cuando ni la Constitución ni las leyes que la regulan incluyen una restricción expresa semejante y cuando el legislador ha previsto la personación de la Generalitat Valenciana en los procesos penales que se sustancien en relación con los casos más graves de violencia de género.

La resolución impugnada alude, en primer término, a que la titularidad de la acción popular se ostenta solo por personas privadas, ya que los arts. 125 de la Constitución (CE), 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 101 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) se refieren a los ciudadanos y, aunque carente de argumentación sobre este extremo, se refiere también a una cierta incompatibilidad entre la institución de la acción popular y su ejercicio por la Administración pública.

Esta argumentación se asemeja a la realizada por este Tribunal en la STC 129/2001, de 4 de junio, FJ 4, en un supuesto en el que el Gobierno Vasco intentó su personación en un proceso penal por calumnias a la policía autónoma que le había sido denegada por los órganos judiciales. En aquella ocasión afirmamos que no se había producido ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la entidad demandante de amparo, pues “dados los términos del art. 125 CE, no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a ‘los ciudadanos’, que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política”.

Ahora bien, frente a la conclusión de la STC 129/2001, de 4 de junio, hemos de señalar que esta decisión es previa a la Sentencia de Pleno 175/2001, de 26 de julio, que afrontó la cuestión de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por parte de las entidades jurídico-públicas. En efecto, la STC 175/2001, de 26 de julio (FJ 7), si bien reconoció que la ampliación del término ciudadano del art. 53.2 CE a las personas jurídico-privadas no justifica por sí misma la ampliación subjetiva de forma automática a las personas jurídico-públicas, sin embargo, consideró que tampoco lo impide a la luz del reconocimiento de la titularidad de ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión a las personas jurídico-públicas que la propia Sentencia establece (FJ 8). Por otra parte, sobre el contenido del término “ciudadanos” en su utilización por el art. 125 CE al referirse a los titulares de la acción popular hemos declarado que el argumento terminológico es insostenible “desde el momento en que, con relación a otros preceptos constitucionales, este Tribunal viene entendiendo que el término en cuestión no se refiere exclusivamente a las personas físicas ... En definitiva, si el término ‘ciudadanos’ del art. 53.2 de la Constitución ha de interpretarse ... en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas, no hay razón alguna que justifique una interpretación restrictiva de su sentido cuando dicho término se utiliza en el art. 125 o en la normativa articuladora del régimen legal vigente de la acción popular” (STC 241/1992, de 21 de diciembre, FJ 4; reiterado en

STC 34/1994, de 31 de enero, FJ 3; 50/1998, de 2 de marzo, FJ 2).

4. En la STC 175/2001, de 26 de julio, ya en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción de las personas jurídico-públicas, afirmamos que “corresponde a la Ley procesal, determinar ... los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado”, así como que “el alcance limitado del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa ... respecto del legislador, no en relación con el juez” (FJ 8). Por tanto, la resolución de un recurso de amparo en el que se alega y se estima la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en particular, del derecho de acceso a la jurisdicción, tiene como objeto enjuiciar si la interpretación y aplicación al caso de la legislación aplicable ha respetado el contenido del derecho fundamental garantizado; de modo que ni dicho examen de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede efectuarse haciendo abstracción de la legalidad aplicable, ni el resultado del mismo puede extrapolarse a otros casos en los que la normativa aplicable haya variado o en los que la interpretación de la misma normativa se haya modificado, o se haya modulado en su aplicación al caso.

De conformidad con el art. 125 CE, la acción popular podrá ser ejercida “en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”. Igualmente, el art. 19.1 LOPJ establece que la acción popular se ejerce “en los casos y formas establecidas por la Ley”. Por su parte la Ley de enjuiciamiento criminal admite la acción popular para toda clase de procesos penales y delitos o faltas salvo respecto del enjuiciamiento de las infracciones perseguibles solo a instancia de parte (art. 104 LECrim), estableciendo restricciones para el ejercicio de la acción penal relativas a los ciudadanos extranjeros, cónyuges o familiares por ciertos delitos, Juez o Magistrado de la causa, o quien no goce de los derechos civiles o haya sido condenado dos veces por delito de calumnia (arts. 101, 102, 103 LECrim). Por tanto, en la regulación general no hay exclusión expresa de las personas jurídico-públicas para el ejercicio de la acción popular.

En el marco legal expuesto, hemos de precisar que el recurso de amparo resuelto en la STC 129/2001, de 4 de junio, tuvo su origen en una querrela por delito de calumnias a la policía autónoma vasca, respecto del cual regía la normativa procesal general, esto es, la Ley de enjuiciamiento criminal que, aunque prevé con carácter general el ejercicio de la acción popular en todo tipo de procesos (art. 101), no contiene previsión específica alguna habilitadora para su ejercicio por las Administraciones públicas. Por consiguiente, fue en el ámbito de esta regulación legal en el que la STC 129/2001 examinó la denegación de la legitimación del Gobierno Vasco por los órganos judiciales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, concluyendo en la inexistencia de vulneración de dicho derecho por la argumentación realizada por los órganos judiciales en las resoluciones impugnadas en amparo.

No es ésta, sin embargo, la regulación legal que vinculaba a la Audiencia Provincial de Valencia cuando dictó el Auto recurrido en este recurso de amparo. A la regulación general para todos los procesos penales se han venido a unir recientemente las previsiones específicas sobre el ejercicio de la acción popular por las Administraciones públicas en los procesos penales sustanciados para el enjuiciamiento de hechos que se enmarcan en la denominada violencia de género. El art. 36 de de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, dictada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma Valenciana, constituye muestra de ello al establecer que “la Consellería con competencias en materia de mujer podrá proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular, a través del Gabinete Jurídico de la Generalitat o de abogadas/os colegiadas/os, en los supuestos de agresiones físicas domésticas en los que se cause la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana”. La ley prevé, por tanto, la posibilidad de que la Generalitat Valenciana se persone ejerciendo la acción popular en algunos de los procesos penales seguidos por violencia de género, esto es, en aquéllos en los cuales la víctima sea residente en la Comunidad Autónoma y siempre que se haya producido muerte o lesiones graves.

A la vista de lo expuesto hemos de concluir en que los argumentos aducidos por la resolución impugnada en la interpretación de la referida regulación legal en relación con el ejercicio de la acción popular de la Generalitat Valencia son desproporcionadamente restrictivos y por tanto, contrarios al principio pro actione. Así las cosas hemos de examinar ahora si la inaplicación de la ley que prevé esa posibilidad vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción.

5. El Auto recurrido parte de la incompatibilidad entre la institución de la acción popular y su titularidad por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas. Pues bien, la ponderación que tal apreciación judicial conlleva corresponde efectuarla al legislador, pues, como hemos recordado, es el legislador quien tiene la competencia para configurar los mecanismos procesales de acceso a la jurisdicción entre los cuales en los procesos penales se cuenta con el de la acción popular. Y como señalamos en la STC 175/2001, de 26 de julio, el contenido limitado del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión para las entidades públicas no opera frente al legislador. Lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que sólo podríamos realizar en caso de que la ley que así lo establezca fuera recurrida ante este Tribunal. En el ejercicio de la jurisdicción de amparo, desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso aquí alegado, existiendo una ley vigente, no impugnada ante este Tribunal, que prevé la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de tal previsión legal ni sobre su constitucionalidad.

De otra parte, el precepto contenido en el art. 36 de la Ley de las Cortes Valencianas 9/2003, de 2 de abril, no puede desconocerse por los órganos judiciales e inaplicarse, como hace de facto la Audiencia Provincial de Valencia, con el argumento de que “crea una forma de acusación, invadiendo legislación estatal y la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional”, pues como hemos declarado en la STC 173/2002, de 9 de octubre, “los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes” (FJ 9). Por ello, hemos afirmado que “forma parte, sin duda, de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en nuestro Ordenamiento” que una disposición de ley aplicable no puede dejar de serlo “sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC. Ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida” (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8).

Si el órgano judicial tenía dudas sobre la constitucionalidad del art. 36 de la Ley de las Cortes Valencianas 9/2003, de 2 de abril, debido a que, en su criterio, invadía competencias estatales al configurar una forma de acusación no prevista en la legislación común, debió plantear la cuestión de constitucionalidad ante este Tribunal, dando audiencia a la demandante para que alegara sobre la cuestión. No haberlo hecho así es motivo suficiente para estimar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por cuanto la inaplicación misma del precepto autonómico que da cobertura a la actuación de la Generalitat Valenciana sin plantear la cuestión de constitucionalidad con audiencia previa de la entidad desconoce las garantías procesales anudadas a dichos procedimientos (STC 173/2002, de 9 de octubre).

6. La estimación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su faceta de derecho de acceso al proceso tiene normalmente como efecto la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior al que fueron dictadas para dar ocasión a quien vio su derecho vulnerado para que, mediante su personación en el proceso, pueda defender sus intereses.

Sin embargo, el art. 55.1 LOTC permite modular los efectos del amparo, no siendo obligado en todo caso decretar la nulidad de las resoluciones impugnadas. En este caso, el otorgamiento del amparo ha de formularse con carácter tan solo declarativo dados los efectos negativos que para la rápida resolución de un procedimiento penal de la gravedad del que está en el origen de este amparo tendría el pronunciamiento habitual.

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 a la Generalitat Valenciana y, en su virtud, reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil seis.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 311/2006, DE 23 DE OCTUBRE.

El Tribunal Constitucional acaba de otorgar amparo a la Generalitat de Valencia, que había recurrido en las sucesivas instancias judiciales, hasta llegar a la jurisdicción constitucional, como consecuencia del ejercicio de la acción popular, que había pretendido ejercer en el procedimiento penal tramitado con motivo de una causa derivada de violencia de género.

El iter procesal mantenido por la Generalitat es sucintamente éste: se persona ante el juzgado de instrucción de Xàtiva para ejercitar la acción popular al amparo del art. 125 de la CE, que se regula en el art. 19.1 de la LOPJ y el 101 de la LECrim. El Ministerio Fiscal se opone a la personación por entender que la acción popular está constitucionalmente prevista para la ciudadanía y no para las instituciones públicas. Sin embargo por el Juzgado se dictó auto que consideró haber lugar a esa personación en función de la materia de violencia de género, encontrando apoyo legal suficiente en la Ley de la Generalitat 9/2003, para la Igualdad entre mujeres y hombres.

Recurrido en reforma, fue confirmado este auto, y recurrido ante la Audiencia en apelación, fue estimado el recurso entendiendo la Audiencia que el concepto de “ciudadano” de que habla el art. 125 de la CE sólo puede hacer referencia a personas físicas o jurídicas. Y dado que la Administración no es ninguna de estos dos sujetos de Derecho, no cabe la personación. Inaplica, además, el precepto autonómico que permite esa legitimación procesal.

JURISPRUDENCIA • TC •

Hay que decir además, que tanto la oposición por parte del Ministerio Fiscal, como la denegación por parte de la Audiencia, se estaban basando en una doctrina del TC, por lo demás bastante reciente, la STC 129/2001, que había denegado a la Administración la posibilidad de accionar en un procedimiento relativo a injurias y calumnias.

Pues bien, el TC ahora razonará desde una distinta perspectiva para otorgar el amparo. Las más importantes consideraciones que aporta esta sentencia se pueden resumir así:

La importancia de que la propia Administración del Estado pueda ser titular de determinados derechos fundamentales. En efecto, la jurisprudencia del TC ha evolucionado en el sentido de considerar primero si las personas jurídicas podían ser titulares de estos derechos y, posteriormente, si podían serlo las Administraciones Públicas. Con independencia de que no es momento de abordar este complejo problema, sí interesa decir que en esta sentencia se reafirma el criterio de que determinados derechos fundamentales, y muy especialmente el de la tutela judicial efectiva, deben ser reconocidos de forma universal.

La imposibilidad de que por parte de la jurisdicción ordinaria se pueda inaplicar una ley autonómica sin interponer una cuestión de inconstitucionalidad, para dar ocasión a que el TC se pronuncie.

La estimación del amparo con la conservación de todos los actos procesales habidos desde su momento, al objeto de no dilatar más un procedimiento, precisamente penal, con los efectos inherentes a esa situación.

La valoración de esta sentencia, desde el movimiento asociativo de mujeres, debe ser desde luego altamente positiva, en la medida en que el TC ha considerado el término “ciudadano” de forma lo suficientemente amplia como para que tenga acomodo procesal una acción, debido a la gravedad de la situación generada por la violencia de género.

Desde un punto de vista más general, se echa en falta un análisis más profundo de la normativa incumbente a la materia procesal de género en estos momentos, después de la promulgación de la LO 1/2004, de violencia de género. Y también, en cuanto a los efectos, y esto no tiene que ver con la decisión del Tribunal, sino que viene impuesto por la propia ley, cabe a partir de ahora el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad para dilucidar si hay o no competencia en materia procesal penal, para ampliar la legitimación en estos procedimientos, a las Administraciones Públicas. Pero esto excede en estos momentos de nuestro análisis y sería objeto de un estudio en mayor profundidad. (María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional).

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO (PENAL), 7 ABRIL 2006. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. CONDENA A UN HOMBRE A PRISIÓN POR UNA DETENCIÓN ILEGAL QUE DURÓ 20 MINUTOS, PUES CONSIDERA QUE LA DETENCIÓN FUE INJUSTIFICADA Y ARBITRARIA.

En la Villa de Madrid, a siete de Abril de dos mil seis.

En los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y por las representaciones del acusado M.A.E.S. y de la Acusación Particular M.A.G.S., contra sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, que condenó al anterior acusado por faltas de lesiones, amenazas y de injurias, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, el acusado M.A.E.S. por la Procuradora Sra. Cano Lantero y la Acusación Particular por la Procuradora Sra. Castro Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

1.El Juzgado de Instrucción nº 8 de Valencia incoó diligencias previas con el nº 6056 de 2.002 contra M.A.E.S., y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, que con fecha 14 de marzo de 2.005 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Desde principios de 2.001, el acusado M.A.E.S., venía manteniendo relaciones amorosas con M.A.G.S. que entraron en crisis a finales del año 2.002, siquiera que, atribuyéndose cada uno la causación de la crisis y situando en el otro, su oposición a la ruptura. Así las cosas, para resolver la situación o para hablar acerca de la misma, se reunieron el día 28 de noviembre de 2.002, atribuyendo, una vez más, la convocatoria cada uno a aquél que no deseaba romper; cenaron en un restaurante en el centro de Valencia sobre las 22,30 horas y después de cenar durante una media hora, mar-

charon a un Pub donde estuvieron sobre otra media hora, saliendo de él y marchándose a casa en el vehículo del acusado, Jeep Cherokee BI...-XC modelo dotado de cambio automático, que iba a dejar a la mujer en su domicilio sito en la localidad de Massarrochos. Iniciada la marcha, y por motivos que no han sido acreditados dado que las versiones que dan los únicos presentes en el coche son irreconciliables, se suscitó una fuerte discusión; en el curso de la cual, y cuando ya iba en marcha el vehículo, la mujer manifestó su deseo de bajarse situándose en la parte trasera del vehículo, sin que esté acreditado si pasó por su voluntad o el acusado la obligó a pasar detrás, y accionando el cierre centralizado de puertas. Al subir de tono la discusión e insistiendo, la mujer, en pasar otra vez a los asientos de delante para salir del vehículo cuando éste ya circulaba por la llamada Pista de Silla, vía rápida de salida de Valencia, que el acusado impedía, con el brazo derecho, a la vez que conducía, sujetando y empujando a la mujer, elevándose la discusión en el curso de la cual, el acusado llamó puta a la mujer y le dijo que la iba a matar, hasta que, en un momento dado, la mujer, a través de los dos asientos delanteros, accionó una de las dos palancas del cambio del vehículo, la reductora o la ordinaria y, llevándola bruscamente a la posición contraria a la del sentido de marcha del vehículo, produjo la inmediata inversión en el sistema de transmisión del vehículo, que motivó su colapso y detención brusca de la marcha del turismo; la mujer, a consecuencia de la detención, se golpeó en el cuerpo y la cara contra la consola central, quedando humeante el turismo y detenido en el carril central de la vía, hasta que, a los pocos minutos, llegaron dos conductores que, en loable colaboración ciudadana, se detuvieron a auxiliar, pidiendo uno de ellos, al acusado, que liberase el cierre, tras lo que después de la salida de la mujer la llevó fuera de la calzada. Posterior e inmediatamente, llevó a la mujer al Hospital "La Fé" de Valencia, entrando por puertas de Urgencia a las 0,32 horas, que consta el ingreso, según hoja de urgencias y donde se le efectuó un reconocimiento en el que se le apreció "T.C.E. grado 0, fractura de extremo distal huesos propios de la nariz no desplazada, hematoma dorso de la nariz, hemorragia conjuntival ojo derecho, hematoma en mucosa labial interior superior e inferior, trauma costal y abdominal", colocándosele, a la pequeña fractura en el mismo servicio de urgencias, unas cintas de steri-stip, esparadrapo, que debería retirarse a los tres días y una cervicalgia, curando a los 45 días, de los que 28 estuvo impedida para sus ocupaciones y precisando de collarín cervical y de tratamiento sicofarmacológico quedándole, como secuelas, stress postraumático. El Juzgado Instructor, acordó por Auto de 18 de septiembre de 2.003, la prohibición de acercamiento del acusado a la mujer tanto en su domicilio como en el lugar de su trabajo, en Valencia. El acusado consignó, el día 9 de febrero de 2.005, la cantidad de 24.151,56 euros.

2.La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al acusado M.A.E.S. de los delitos de lesiones, detención ilegal, coacciones, violencia habitual, contra la integridad moral, contra la administración de justicia y amenazas de que le acusaban el Mi-

nisterio Fiscal y la Acusación Particular, declarando de oficio las costas irrogadas en esta causa. Por contra, debemos condenar y condenamos al acusado antes citado como criminalmente responsable en concepto de autor de una falta de lesiones, otra de amenazas y otra de injurias, a las penas de 45 días de multa por la falta de lesiones y a dos penas de diez días de multa por cada una de las otras faltas, con una cuota día de 20 euros, en todas las multas, y una responsabilidad personal en caso de impago de un día de arresto por cada dos cuotas impagadas. En vía de responsabilidad civil el condenado deberá indemnizar a M.A.G.S., por los días que estuvo impedida y tardó en curar en 2.190 euros y en otros 3.000 euros por los daños morales sufridos y secuelas padecidas, haciéndosele pago firme esta sentencia, del depósito obrante en esta causa para ella, restituyendo a su imponente de su resto. Se deja sin efecto la medida de alejamiento acordada por el Instructor en Auto de 18 de septiembre de 2.003. Contra la presente resolución se podrá interponer recurso de casación en el término de los cinco días siguientes contados a partir de la última notificación.

3. Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal y por las representaciones del acusado M.A.E.S. y de la Acusación Particular M.A.G.S., que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4. I. El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Motivo único. Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. e inaplicación indebida del artículo 172.1º C.P. Breve extracto: El Fiscal de instancia acusó a M.A.E.S. por un delito de lesiones del artículo 147.1, y otro de coacciones del artículo 172.1º, otro de amenazas del artículo 169.2, otro con la Administración de Justicia del artículo 464.1, otro de violencia habitual del artículo 153, y una falta de injurias del artículo 620.2, párrafo último, perteneciendo todos los citados preceptos al Código Penal de 1.995. En las lesiones, las coacciones y las amenazas, el Fiscal estimó la agravante 23 del Código Penal. La sentencia absuelve de todos los delitos acusados y condena por una falta de lesiones, otra de amenazas y otra de injurias. La notable disidencia entre el "factum" de la sentencia y la conclusión primera definitiva del Fiscal de Valencia explica aquellas absoluciones. No obstante, este Ministerio, entiende que, con absoluta aceptación del "factum", éste prueba el tipo de coacciones que el Fiscal imputaba, de donde no es correcta la absolución como ahora se alega.

II. El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular M.A.G.S., lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero. Por infracción de ley. Se ciñe el presente motivo casacional a denunciar la equivocación por el Juzgador al considerar, en apoyo de su tesis de ausencia de tratamiento psiquiátrico ni de ninguna otra clase y, consiguientemente, de delito de lesiones, que la Sra. M.A.G.S. no fue nunca atendida en el Centro de Salud de Rocafort, cuando dicha conclusión viene

abiertamente contradicha por el volante expedido por la doctora N.P., de dicho Centro, en el que remite a la paciente al Área 5 de Salud Mental de Godella, en donde es atendida por la Doctora M. que firma el informe al folio 139 y que declaró en la vista. A cuyos efectos se citan los documentos obrantes a los folios 139 y 140, de cuyos particulares, reseñados en nuestro escrito de interposición, resulta la constancia de dicho tratamiento, si bien el mismo no tuvo lugar en el Centro de Rocafort, aunque sí en el de Godella, en cuanto a salud mental, es también el del domicilio de la víctima; Segundo. Por infracción de ley. Aplicación indebida del artículo 617.1º Código Penal y correlativa inaplicación del art. 147.1º del mismo Cuerpo Legal. Breve extracto de su contenido: Viene a constituir el objeto del segundo motivo la infracción cometida por el Tribunal al consignar, en tanto que hecho probado, que la Sra. M.A.G.S. precisó, como consecuencia de las lesiones padecidas, “collarín cervical y tratamiento psicofarmacológico”, habiéndose calificado posteriormente las lesiones como falta y no como delito, tal como resultaría de una correcta subsunción de esta apreciación de hecho en la norma que tipifica el delito y no en la de la falta; Tercero. Por vulneración de precepto constitucional (infracción del artículo 9.3 C.E. que proscribía la arbitrariedad de los poderes públicos). Breve extracto de su contenido: Se denuncia por esta vía casacional la arbitrariedad en el razonamiento que ha llevado al Tribunal a la absolución del acusado de los delitos de lesiones, detención ilegal, maltrato habitual y contra la Administración de Justicia de que venía siendo acusado; vulneración producida por una doble vía, en el razonamiento interpretativo y en la ausencia absoluta de valoración de las pruebas inequívocamente de cargo practicadas en la vista oral de la presente causa; Cuarto. Por infracción de ley (inaplicación del artículo 163.1 C. Penal). Breve extracto de su contenido: Se denuncia la infracción de ley que supone no considerar los hechos probados como no constitutivos del delito de detención ilegal, ni de ningún otro, restándole toda significación penal al hecho de haber sido la denunciante encerrada en el vehículo cuando éste estaba en marcha, desoyendo sus protestas de que la dejara bajar de aquél y dirigiéndose a una dirección diametralmente contraria a la que debía emprenderse para llegar a casa de la Sra. M.A.G.S., profiriendo durante el trayecto amenazas en el sentido de que la iba a matar y enterrar en una zanja que conocía en Oliva.

III. El recurso interpuesto por la representación del acusado M.A.E.S., lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero. Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 617.1º del Código Penal, en lo relativo al fallo condenatorio por una falta de lesiones; Segundo. Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 620.2º C. Penal, en lo relativo al fallo condenatorio por una falta de amenazas y otra de injurias; Tercero. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y como asimismo, del art. 852 de la L.E.Cr., por conculcación del art. 24.2 de la C.E., en lo relativo a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo suficiente para fundamentar un fallo condenatorio; Cuarto. Por infracción de

precepto constitucional al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y como asimismo, del art. 852 de la L.E.Cr., por conculcación del art. 24 de la C.E., en lo relativo a la vulneración del principio in dubio pro reo.

5. Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, impugnó todos los motivos del acusado del acusado M.A.E.S., impugnando igualmente los motivos primero, segundo y tercero del recurso de la Acusación Particular M.A.G.S., estimando parcialmente su motivo cuarto, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6. Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 31 de marzo de 2.006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La A.P. de Valencia dictó sentencia por la que absolvía al acusado de los delitos de lesiones, detención ilegal, coacciones, violencia habitual, contra la integridad moral, contra la Administración de Justicia y amenazas que le imputaban el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y por la que condenaba a aquél como autor de una falta de lesiones, otra de amenazas y otra de injurias.

La mentada sentencia ha sido recurrida en casación por las tres partes procesales intervinientes en el proceso: a) el Ministerio Fiscal, por indebida inaplicación del art. 172.1º C.P., que tipifica el delito de coacciones; b) por la acusación particular, por incorrecta falta de aplicación de los artículos 147.1º (delito de lesiones) y 163.1 (delito de detención ilegal) C.P., y c) el acusado, por no ser constitutivos los hechos de las faltas de lesiones (art. 617.1º) e injurias (art. 620.2º) C.P.

La Sala considera como el método más adecuado para resolver estas impugnaciones, comenzar por el recurso interpuesto por la acusación particular, del que examinaremos los motivos que se articulan por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr., por no haber sido calificados los Hechos Probados constitutivos de los delitos de detención ilegal y lesiones que se imputaban al acusado.

RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR M.A.G.S.

SEGUNDO. Como toda censura casacional que se formula por la vía del art. 849.1º L.E.Cr., la resolución de la misma debe condicionarse, como primera y esencial exigencia, al más riguroso y estricto respeto al contenido de la declaración de Hechos Probados y, partiendo de esta base intangible, verificar el acierto o desacierto de la subsunción jurídica de tales hechos en los tipos penales imputados.

Esta primera consideración obliga a transcribir el relato histórico de la sentencia, según el cual “Desde principios de 2.001, el acusado M.A.E.S., venía manteniendo relaciones amorosas con M.A.G.S. que entraron en crisis a finales del año 2.002, siquiera que, atribuyéndose cada uno la causación de la crisis y situando en el otro, su oposición a la ruptura. Así las cosas, para resolver la situación o para hablar acerca de la misma, se reunieron el día 28 de noviembre de 2.002, atribuyendo, una vez más, la convocatoria cada uno a aquél que no deseaba romper; cena-

ron en un restaurante en el centro de Valencia sobre las 22,30 horas y después de cenar durante una media hora, marcharon a un Pub donde estuvieron sobre otra media hora, saliendo de él y marchándose a casa en el vehículo del acusado, Jeep Cherokee BI...-XC modelo dotado de cambio automático, que iba a dejar a la mujer en su domicilio sito en la localidad de Massarrochos. Iniciada la marcha, y por motivos que no han sido acreditados dado que las versiones que dan los únicos presentes en el coche son irreconciliables, se suscitó una fuerte discusión; en el curso de la cual, y cuando ya iba en marcha el vehículo, la mujer manifestó su deseo de bajarse situándose en la parte trasera del vehículo, sin que esté acreditado si pasó por su voluntad o el acusado la obligó a pasar detrás, y accionando el cierre centralizado de puertas. Al subir de tono la discusión e insistiendo, la mujer, en pasar otra vez a los asientos de delante para salir del vehículo cuando éste ya circulaba por la llamada Pista de Silla, vía rápida de salida de Valencia, que el acusado impedía, con el brazo derecho, a la vez que conducía, sujetando y empujando a la mujer, elevándose la discusión en el curso de la cual, el acusado llamó puta a la mujer y le dijo que la iba a matar, hasta que, en un momento dado, la mujer, a través de los dos asientos delanteros, accionó una de las dos palancas del cambio del vehículo, la reductora o la ordinaria y, llevándola bruscamente a la posición contraria a la del sentido de marcha del vehículo, produjo la inmediata inversión en el sistema de transmisión del vehículo, que motivó su colapso y detención brusca de la marcha del turismo; la mujer, a consecuencia de la detención, se golpeó en el cuerpo y la cara contra la consola central, quedando humeante el turismo y detenido en el carril central de la vía, hasta que, a los pocos minutos, llegaron dos conductores que, en loable colaboración ciudadana, se detuvieron a auxiliar, pidiendo uno de ellos, al acusado, que liberase el cierre, tras lo que después de la salida de la mujer la llevó fuera de la calzada. Posterior e inmediatamente, llevó a la mujer al Hospital "La Fé" de Valencia, entrando por puertas de Urgencia a las 0,32 horas, que consta el ingreso, según hoja de urgencias y donde se le efectuó un reconocimiento en el que se le apreció "T.C.E. grado 0, fractura de extremo distal huesos propios de la nariz no desplazada, hematoma dorso de la nariz, hemorragia conjuntival ojo derecho, hematoma en mucosa labial interior superior e inferior, trauma costal y abdominal", colocándosele, a la pequeña fractura en el mismo servicio de urgencias, unas cintas de steri-stip, esparadrappo, que debería retirarse a los tres días y una cervicalgia, curando a los 45 días, de los que 28 estuvo impedida para sus ocupaciones y precisando de collarín cervical y de tratamiento sicofarmacológico quedándole, como secuelas, stress post-traumático. El Juzgado Instructor, acordó por Auto de 18 de septiembre de 2.003, la prohibición de acercamiento del acusado a la mujer tanto en su domicilio como en el lugar de su trabajo, en Valencia. El acusado consignó, el día 9 de febrero de 2.005, la cantidad de 24.151,56 euros".

Alega el recurrente la concurrencia de los elementos que integran el delito de detención ilegal del art. 163.1 C.P., en tanto que el Tribunal a quo fundamenta la absolución porque considera

que el tiempo de privación de libertad a que fue sometida la víctima es insuficiente, y porque "el sujeto activo no limita dolosamente la deambulación de la acusadora, que no se vio constreñida anímicamente en contra de su voluntad".

El motivo debe ser estimado sin duda alguna. La doctrina de esta Sala de casación tiene reiteradamente declarado que el Código Penal de 1995 regula en los artículos 163 y siguientes los delitos de detenciones ilegales y de coacciones como infracciones que atacan a la libertad del individuo, y que afectan, por ello, a uno de sus derechos más importantes en orden al desarrollo de su vida en el ámbito de una sociedad moderna, libre y democrática.

En ambos casos se trata de conductas que afectan negativamente a la libertad de la víctima, limitándola, restringiéndola o, incluso, suprimiéndola, contra su voluntad, si bien el delito de coacciones tiene una configuración más general, mientras que la detención ilegal afecta a aspectos concretos de la libertad individual.

El delito de coacciones se comete cuando el sujeto, sin estar legítimamente autorizado, impide a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe o le compele a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto.

Y en el tratamiento del elemento temporal, la misma doctrina ha declarado que el delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se consume desde el momento mismo en que tiene lugar la detención o el encierro, ya que en uno y otro caso se priva al sujeto pasivo de su derecho de trasladarse de lugar según su voluntad, de suerte que en ambos supuestos se restringe ostensible y gravemente el derecho a la deambulación en tanto se impide el ejercicio del libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona (véanse, entre otras, SS.T.S. de 27 de octubre de 1.995, 23 de mayo de 1.996, 15 de diciembre de 1.998 y 2 de noviembre de 1.999, y 1 de abril de 2.002).

Lo cierto es que el "factum" no revela que la privación de la libertad de la denunciante provocada por la acción del acusado hubiera sido meramente instantánea o efímera, pues si la voluntad de la mujer de salir del coche se hizo manifiesta "cuando ya iba en marcha el vehículo... al inicio de la marcha", accionando el acusado el cierre centralizado de las puertas, subiendo de tono la discusión e "insistiendo la mujer en pasar a los asientos de delante para salir del vehículo cuando éste ya circulaba por la Pista de Silla, impidiéndolo el acusado, sujetando y empujando a la mujer para impedirle su propósito, llamándola puta y amenazándola de muerte, hasta que en un momento dado la víctima ejecutó la acción de la palanca reductora; toda esta descripción fáctica refleja de modo indubitado que el encierro en el vehículo no fue insignificante, sino prolongado durante un tiempo relevante, siendo de advertir que es la misma sentencia la que precisa que "hay una ventana temporal de entre quince y veinte minutos en la que sucede todo".

En lo que atañe a la concurrencia del elemento subjetivo del delito la sentencia recurrida lo excluye "... pues el sujeto activo no limita dolosamente la deambulación de la acusadora, que no se vio constreñida anímicamente en contra de su voluntad". Des-

de luego, esta última apreciación resulta incomprensible e inasumible a la vista del escenario de los hechos y las acciones ejecutadas por el acusado quien no sólo impedía a la víctima acceder a los asientos delanteros para salir del vehículo, sujetando y empujando a la mujer, sino que, además, en ese contexto, produjo a ésta una serie de lesiones traumáticas que la misma sentencia diferencia de las que se ocasionaron como consecuencia de la brusca parada del vehículo al accionar la mujer la reductora del cambio de marchas (pág. 18 de la sentencia). Y, junto a ello, las agresiones verbales injuriosas y amenazantes que, todo unido, sin duda debieron provocar el “constreñimiento anímico” que la sentencia niega.

En todo caso, el elemento subjetivo de este delito lo constituye el dolo penal, que requiere que la detención se efectúe de forma arbitraria e injustificada, siendo suficiente para su apreciación la conciencia y voluntad del autor de realizar el tipo objetivo de encerrar o detener a otro al que se priva su libertad para desplazarse libremente de un lugar a otro según su voluntad, como derecho fundamental de la persona constitucionalmente reconocido en el art. 17.1 C.E. El elemento subjetivo en este delito no requiere que el autor haya actuado con una especial tendencia o propósito de desprecio hacia la víctima diverso del que ya expresa el dolo, en tanto que conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona, sin que sea exigible un propósito específico para completar el elemento subjetivo (SS.T.S. de 15 de diciembre de 1.998, antes citada). En definitiva, basta la conciencia y la voluntad de privar al sujeto pasivo de su libertad de movimientos para considerar concurrente el dolo de este tipo de injusto, siendo irrelevantes los móviles del autor, pues esta figura delictiva no hace referencia a propósitos ulteriores ni a finalidades comisivas (véase STS de 10 de septiembre de 2.001).

La estimación del motivo supone la desestimación del formulado por el Ministerio Fiscal por no haberse calificado estos concretos hechos como un delito de coacciones. Al margen de lo que hemos anticipado sobre esa cuestión, cabe reiterar que el delito de detención ilegal, de carácter más específico que el delito de coacciones, y de mayor gravedad lo que se traduce en una mayor pena, se comete cuando el sujeto encierra o detiene a otro privándole de su libertad, refiriéndose por lo tanto a la libertad deambulatoria o ambulatoria, es decir, a la capacidad del sujeto de decidir libremente su acceso, permanencia o alejamiento en relación con un determinado lugar. En otras palabras, se comete cuando, fuera de los casos permitidos, se obliga a una persona a permanecer en un determinado lugar en contra de su voluntad o sin ella, encerrándola en él, o impidiéndole de cualquier otra forma abandonarlo o trasladarse a otro. Es precisamente la concreción del ataque en este aspecto de la libertad del individuo, el referido a la libre determinación de su ubicación espacial, lo que ha permitido a la jurisprudencia afirmar que el delito de coacciones es el género mientras que la detención ilegal es la especie (STS nº 610/2001, de 10 de abril).

Para establecer la diferencia entre uno y otro delito, que en su aplicación a hechos concretos en algunas ocasiones no estará

exenta de dificultades, es preciso valorar especialmente si la conducta del sujeto activo ha incidido en la libertad ambulatoria de la víctima de un modo mínimamente relevante, a cuyo efecto es preciso tener en cuenta el factor tiempo, que ha de tener una mínima significación, aun cuando el delito se consuma desde el momento en que se encierra o detiene a otro, (STS nº 801/1999, de 12 de mayo; nº 1069/2000, de 19 de junio; nº 1432/2000, de 8 de octubre; nº 351/2001, de 9 de marzo y nº 610/2001, de 10 de abril, entre otras). En este sentido deberá apreciarse la comisión de un delito de detención ilegal atendiendo a dos aspectos. En primer lugar, cuando se haya producido una conducta que elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión acerca del lugar donde desea permanecer o a donde desea dirigirse. En segundo lugar, que tal privación de libertad se haya extendido durante un periodo temporal mínimamente relevante, lo que excluye las privaciones de libertad instantáneas y fugaces, o bien aquellas otras que han de considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos o en las agresiones sexuales (véase, entre otras, STS de 5 de mayo de 2.001).

Consecuencia de cuanto hasta aquí ha quedado expuesto y resuelto es la casación de la sentencia impugnada, que queda anulada y la procedencia de dictarse otra nueva por esa Sala en la que se condene al acusado por el delito de detención ilegal del art. 163. Ahora bien, llegados a este punto, la cuestión a dilucidar es si los hechos deben subsumirse en el tipo básico del epígrafe 1 del precepto, o en el subtipo atenuado del epígrafe 2 que se aplica cuando el culpable dejara en libertad a la víctima en los tres primeros días. A este respecto, no podemos obviar la doctrina que establece que el cese de la detención debe responder a un acto libre y espontáneo del autor (SS.T.S. de 3 de marzo de 1.993 y 20 de octubre de 1.997), excluyéndose su aplicación cuando la libertad ha sido lograda por la propia víctima (STS de 16 de enero de 2.001).

No obstante, examinando las circunstancias concurrentes en el presente caso, resulta claro y palmario que no existe dato alguno que permita siquiera sugerir que la privación de libertad se fuera a prolongar por más de 72 horas, siendo, por el contrario, racionalmente deducible de la situación descrita en el “*factum*”, que esa pérdida de libertad habría concluido en breve espacio temporal cualquiera que hubiera sido el proyecto del autor y cualquiera que hubiera sido el desenlace final del episodio, bien fuere la efectiva puesta en libertad de la víctima o, incluso, la comisión de actos agresivos de una u otra naturaleza contra la misma, respecto de los que ningún dato apunta que fueran a demorarse más allá de los tres días establecidos por el precepto. Por ello, consideramos que debe ser aplicado el art. 163.2 C.P., imponiendo al acusado la pena de dos años y seis meses de prisión.

TERCERO. También al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., denuncia este recurrente la indebida inaplicación del delito de lesiones tipificado en el art. 147.1 C.P.

El motivo alega que el Hecho Probado declara que la Sra.

M.A.G.S. precisó, como consecuencia de las lesiones padecidas “collarín cervical y tratamiento psicofarmacológico”, y sostiene que esta última mención evidencia la realidad de una lesión que menoscaba la salud mental de la víctima y, por ende, debe integrar el tipo del art. 147.1 C.P., al margen de que también se produjeron las lesiones físicas que se describen en la sentencia.

La resolución de la queja casacional debe sustentarse en la estricta observancia de la resultancia probatoria de la sentencia. A este respecto, una primera consideración debe hacerse acerca del reproche por error de hecho en la apreciación de la prueba que formula la recurrente por el cauce del art. 849.2º L.E.Cr., en el que se citan una serie de documentos que acreditarían que la víctima tuvo que ser tratada en el centro de Salud Mental de Godella por la doctora M., pero este tratamiento es reconocido en el “factum” de la sentencia, por lo que esta censura no puede prosperar.

En orden a las consecuencias psíquicas sufridas por la víctima de los hechos, la sentencia rechaza su calificación de delito de lesiones, señalando que sólo cuando esos resultados que inciden negativamente en la salud mental de la víctima superan la norma “conturbación anímica” propia de la consecuencia normal del delito, adquiriendo por sí mismos una autonomía respecto al inicial delito o modalidad comisiva, podrá generar un delito de lesiones psíquicas.

Esta consideración armoniza con la doctrina de esta Sala de Casación, según la cual en el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir “normales”, correspondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto subsumibles en el delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente al delito de agresión. Resulta patente que toda agresión personal produce, además del correspondiente resultado típico contra la propiedad, en el caso del robo con intimidación, la libertad, en otros delitos, una conturbación anímica en ocasiones limitada al sobresalto o a la perplejidad del ataque, generando desconfianza, temor, incluso, angustia consecuencia natural del hecho agresivo. El legislador prevé esas consecuencias y las contempla en la determinación del reproche correspondiente al delito. Pero también es posible que esos resultados de la agresión superen esa consideración normal de la conturbación anímica y permitan ser consideradas como resultado típicos del delito de lesiones adquiriendo una autonomía respecto al inicial delito de agresión merecedora del reproche contenido en el delito de lesiones, siendo preciso su determinación como resultado típico del delito de lesiones y la concurrencia de los demás elementos típicos del delito de lesiones.

En este sentido se pronunció el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 10 de octubre de 2.003 al establecer que las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya

han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3º del Código Penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil. Criterio y acuerdo que pueden perfectamente predicarse y aplicarse al caso presente.

En el caso presente, no aparecen datos sobre la entidad del menoscabo psíquico de la agredida, al margen del stress post-traumático que la misma sufrió, por lo que no cabe aceptar que la perturbación anímica padecida por la víctima de los hechos exceda de la que es propia y natural de quien se ve sometido a una situación de angustia y grave temor por el secuestro de que es objeto y en el seno de un escenario de violencia física, injurias verbales y amenazas de muerte.

CUARTO. Ahora bien, como hemos dicho, la Sra. M.A.G.S. sufrió también una serie de lesiones somáticas, entre las que destacan la fractura de extremo distal de los huesos propios de la nariz y una cervialgia que precisó un collarín cervical.

La sentencia excluye la aplicación del art. 147.1, tipificando los hechos como falta, en base a estos argumentos: que los resultados mencionados no integran el delito de lesiones por cuanto ninguna de ellas necesitó un tratamiento médico o quirúrgico, porque no han quedado acreditadas las lesiones ocasionadas personalmente por el acusado y las que fueron causadas por el accidente.

Pues bien, en cuanto a la primera, se trata sin lugar a dudas de una fractura ósea de los huesos propios de la nariz que necesitó colocación de unas cintas de esparadrapo que deberían retirarse a los tres días y ya hemos dicho la necesidad de tratamiento curativo de las fracturas óseas, y más en concreto y relacionado con tal necesidad, en los casos de fracturas que afectan a la zona nasal (véanse STS de 19 de noviembre de 1.997, 8 de junio de 1.998 y 2 de noviembre de 2.002, entre otras). En este ámbito, es sumamente esclarecedora la STS de 1 de diciembre de 2.000 que, invocando otras precedentes, afirma con rotundidad que “la colocación y necesaria y posterior eliminación de una escayola o férula constituye tratamiento médico, en tanto que aparece objetivada una necesidad de reducción de la fractura y eliminación del elemento reductor bajo control facultativo, ya que, desde el punto de vista penal, existe ese tratamiento en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico”. En el mismo sentido, véase la STS de 13 de diciembre de 2.002.

En consecuencia, y con independencia del mecanismo utilizado para reducir la fractura, nos encontramos ante un genuino tratamiento médico, como requiere el tipo penal.

Lo mismo se predica de la segunda lesión consistente en un esguince cervical que precisó del mentado collarín. Basta recordar a estos efectos, complementado lo anteriormente expuesto, los razonamientos de la STS de 22 de marzo de 2.002 que, al resolver un supuesto similar al presente, establecía que en este caso, hay que entender que el porte de un collarín cervical constituye un sistema curativo, o reductor de las consecuencias cuando la

lesión no sea totalmente curable, prescrito con tal finalidad curativa por un titulado en medicina y aunque ese tratamiento se encomiende a auxiliares sanitarios o se imponga al mismo paciente, atendiendo para la valoración del tratamiento médico que, como concepto normativo a concretar por el juzgador en la función integradora de las normas, a la doctrina ya fijada en la jurisprudencia de esta Sala.

Esta Sala viene considerando este tipo de tratamiento como de carácter curativo en cuanto trata de reparar el daño ocasionado por un traumatismo cervical -Sentencias de 2 de julio de 1999; 24 de octubre y 18 de noviembre de 1997; 21 de marzo de 1995, y 23 febrero y 25 abril de 2001-.

Corolario de todo ello es que en el caso examinado concurren los requisitos objetivo y normativo del delito de lesiones del art. 147.1 C.P.

QUINTO. En cuanto al segundo argumento del Tribunal a quo para excluir la calificación de esta acción como delito, podemos y debemos aceptar que no hay datos en el relato histórico que permitan atribuir al acusado la acción material agresiva de la que resultaran estas consecuencias lesivas. El Tribunal acepta (pag. 18 de la sentencia) que en el interior del vehículo y con anterioridad a la brusca detención de éste, el acusado “debió empujar, estirar y golpear a la víctima” pero admite la posibilidad de que las lesiones en la nariz y el esguince cervical se produjeran como consecuencia del accidente, razón por la cual afirma que “.... no debe atribuirse ese resultado al actuar del acusado cuando existe una duda enorme acerca de la causación y el origen” de tales resultados lesivos.

Esta explicación no puede ser compartida en modo alguno por esta Sala.

En efecto, aún aceptando en beneficio del reo que las lesiones que necesitaron tratamiento médico fueran causadas por el accidente producido al accionar la víctima la palanca reductora, ninguna duda cabe de que esa acción y los resultados lesivos de ella derivados traen su causa inmediata de una situación provocada por el acusado de manera directa, consciente y deliberada, por lo que aquél debe responder de las consecuencias causalmente relacionadas con dicha situación a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado, porque no es necesario ningún alarde dialéctico para comprobar que tales resultados lesivos no hubieran tenido lugar si el acusado no hubiera creado esa real situación de peligro para la víctima, jurídicamente desaprobada. Y porque es en esa situación, en la que la Sra. M.A.G.S. se encuentra encerrada contra su voluntad en el coche, insultada gravemente, amenazada de muerte y golpeada cuando intenta abrir las puertas, cuando, para huir de la misma, acciona la marcha reductora provocando el accidente.

La esencia de la teoría de la imputación objetiva radica en la idea de que el resultado lesivo debe serle imputado al acusado siempre y cuando dicho resultado sea la consecuencia o realización de un peligro jurídicamente desaprobado creado por aquél, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera producido el resultado que finalmente tuvo lugar. Y como quiera que es incuestiona-

ble que en el caso examinado fue el acusado quien con su actuación previa dio lugar a la situación de peligro a que se vio sometida la mujer, y que la acción de ésta para liberarse de tan acuciante situación no estuvo motivada por otras causas, resulta incontestable la relación de causalidad directa e inmediata con las lesiones sufridas por la misma y, por ello, que el acusado debe responder por el resultado lesivo de la integridad física de la víctima.

Nada empece para ello que el acusado no hubiera tenido –a caso la concreta y específica intención de producir a la víctima las lesiones que ésta sufrió, pero una ponderación mínimamente racional de los hechos y del desarrollo de los mismos, conduce inexorablemente a considerar que el acusado actuó con dolo eventual en cuanto en el escenario donde se produjeron los hechos destaca la persistente y decidida voluntad de la mujer de abandonar el vehículo, lo que le era impedido por el acusado al bloquear la apertura de las mismas con el cierre centralizado, y rechazando con actos de violencia física los intentos de aquélla de alcanzar dicho mecanismo, siendo evidente para cualquiera que en esa situación de angustia por escapar y evadirse de la amenaza que se cernía sobre la secuestrada, ésta podría realizar cualquier acción que le permitiera alcanzar esos objetivos, aún a riesgo de su propia integridad, como hubiera sido abalanzarse sobre el acusado o, lo que finalmente realizó, accionar la palanca reductora, y es claro que el acusado pudo y debió prever la posibilidad y la probabilidad de tales reacciones y las consecuencias de éstas, aceptándolas y consintiéndolas.

La estimación del motivo conlleva también en este caso la casación de la sentencia impugnada en este extremo, y la condena del acusado como responsable de un delito de lesiones dolosas del art. 147.1 C.P., a la pena de ocho meses de prisión, que entendemos adecuada y proporcionada la gravedad de los hechos y a los resultados producidos.

La estimación de estos motivos excusa del análisis del restante. No obstante, esa Sala de Casación no puede dejar de hacer una breve consideración en relación con el reproche del recurrente a la arbitrariedad con la que se ha producido el Tribunal a quo al omitir absolutamente toda valoración de la prueba de cargo consistente en el testimonio de D. V.S.P., que fue la persona que, inmediatamente después del accidente en la autopista, acudió al vehículo y describió lo que directamente percibió hasta que trasladó él mismo a la víctima al hospital. Este testimonio, efectuado ante el Juez de Instrucción (folios 129 y vuelto al 130, vuelto), y ratificado en el juicio oral, resulta extraordinariamente importante, por cuanto describe con minuciosidad y rigor la actitud del acusado, que el propio testigo califica de extraña y anormal, y de la que podemos destacar los siguientes fragmentos:

“Al bajar de su vehículo se dirigió, hacia la ventanilla del conductor, donde había divisado la silueta, y se dirigió al mismo, preguntándole qué le había pasado con el coche que le salía humo del motor, él tenía una mano sobre el volante y el cuerpo ligeramente girado hacia atrás, hacia la parte posterior del vehículo. En primera instancia no le contestó, lo cual dadas las cir-

cunstancias y las horas y tal vez poniéndose a la defensiva, elevó el tono de voz, siendo esta vez mucho más rotundo, en la pregunta. El conductor se giró hacia el testigo y le contestó que no había sido nada, con la misma rotundidad le volvió a insistir que cómo que nada si le salía humo del motor, él le dijo que había sido un golpe, un accidente y que no se preocupara. Dado que el declarante cuando sobrepasó el coche vio que no tenía golpe alguno ni en los laterales, ni en ninguna zona del vehículo, él volvió a preguntar que cómo que un golpe, si no había ningún golpe en el vehículo, y tan solo salía humo del motor”.

Al darse cuenta de que en la parte trasera del vehículo aparecía el rostro ensangrentado de una mujer “le volvió a insistir al conductor en que como decía que no había pasado nada, si ella tenía el rostro lleno de sangre, él se giró hacia atrás como sorprendido y entonces le preguntó a la mujer, M.A.G.S. ¿Te has dado un golpe? a lo que ella no contestó. Esta situación le extrañó mucho, dado que desde que vio el coche parado, sobrepasándole más tarde, poniéndose detrás suyo, bajando de su vehículo, y llegando hasta la ventanilla, por lo menos unos cinco minutos, cómo era posible que no hubiera tenido tiempo de ver si esa mujer había tenido un golpe”.

Después de que el testigo sacara a la mujer del coche accidentado, para lo cual el acusado abrió los seguros de cierre. “A ella la acercó a la cuneta, la puso en el suelo y rápidamente fue a retirar también su vehículo dejándolo en la cuneta al lado de ella, mientras tanto el conductor seguía retirando el suyo, y ella empezó, desde que bajó del coche y se apartaron cinco metros de él empezó a decirle que la quería matar, le decía y repetía el nombre completo de él y de ella, repitiendo que quería matar, que la quería matar, que la llevaba a Oliva, para dejarla muerta o tirada en una cuneta muerta, lo cual le puso sobreaviso de que por lo visto le estaba pegando una paliza dentro del coche. Le repetía una y otra vez que la dejara, que se quedara con ella, y le cogió tan fuerte de la muñeca que incluso le dejó marcas”.

“En este momento paró el otro vehículo, bajó alguien que conocía de vista, por ser de la misma localidad que el testigo, el cual le preguntó que qué sucedía, mientras le empezaba a contar a esta persona lo sucedido, a unos cuatro metros de M.A.G.S., nombre de esta chica, el conductor del vehículo se dirigió hacia ella, se agachó, junto a ella con lo cual por temor de que le pudiera decir algo más, abandonó la conversación con este conocido y se situó detrás de ellos para ver lo que le decía, y escuchó cómo terminaba una frase diciendo <<te mato a ti y a tus hijos>>”.

El testigo “se dirigió hacia el conductor del vehículo para preguntárselo, el conductor del vehículo se acercó a unos cinco metros de donde estaban ellos y le dijo que sí que él ya había llamado. El chico le volvió a insistir si había llamado a una ambulancia, a lo cual le contestó que sí que él ya había llamado y que ahora venía, el chico le volvió a preguntar, que si había llamado a una ambulancia, a la Guardia Civil o dónde, a lo cual contestó que había llamado a una grúa y a un taxi, que no se preocuparan. El conductor insistía en quitarle hierro al asunto y entonces le dijeron que aquello no era cosa de una grúa y un taxi, sino de una ambulancia y la guardia civil”.

La sentencia prescinde del análisis de estos testimonios, que resultan totalmente ignorados, y que si no constituyen prueba directa sí configuran un valiosísimo indicio que opera como riguroso elemento periférico corroborador de la declaración testimonial inculpativa de la víctima.

No se trata aquí de revisar en sede de casación la valoración de estos elementos probatorios, sino de señalar la vulneración del derecho a la tutela judicial del recurrente, pues de la misma manera que el Tribunal tiene la obligación de valorar la prueba de cargo contra el acusado, también las pruebas de descargo que éste presente, razonando en la sentencia la evaluación de unas y otras, esa misma obligación se extiende a la parte acusadora y a las pruebas practicadas a instancias de ésta, que deben ser objeto de análisis valorativo con independencia de cual fuere el resultado de dicha valoración.

RECURSO DEL ACUSADO M.A.E.S.

SEXTO. Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., se denuncia la incorrecta calificación de los hechos probados como constitutivos de una falta de lesiones del art. 617.1º C.P. y de otra falta de injurias y otra de amenazas del art. 620.2º C.P.

La desestimación de la primera censura resulta de las consideraciones precedentes en relación con el delito de lesiones.

En relación con las otras dos faltas, y sin necesidad de extensas explicaciones, procede asimismo la desestimación de la pretensión del recurrente que en ningún caso puede prosperar con la simple lectura de la declaración probatoria.

SEPTIMO. Alega también el acusado la vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 C.E., por falta de prueba de cargo suficiente, señalando como fundamento del reproche que en el caso “únicamente está la declaración de la víctima”.

Pero ocurre que el Tribunal de instancia ha formado su convicción sobre los hechos que se declaran probados precisamente a partir de las declaraciones de la víctima, a las que, en el ejercicio de su facultad soberana de valorar las pruebas practicadas a su presencia en el plenario (art. 741 L.E.Cr.), ha otorgado credibilidad, ponderando los testimonios de aquélla desde la observación de las pautas orientativas acuñadas por esta Sala.

Además de una acertada exposición del derecho constitucional que se invoca, el motivo se limita a afirmar que las manifestaciones inculpativas de la denunciante-víctima obedecen a móviles espúreos, afirmando que la denunciante quería seguir viviendo a cuerpo de reina a costa del recurrente, y al negarse éste, y aprovechando un accidente por ella ocasionado en el curso de una discusión, vengarse del mismo si no accedía a un chantaje económico del que preferimos no hablar por no ser pura y procesalmente objeto del recurso, pero del que seguramente daremos pormenores en el escrito de impugnación del recurso anunciado por la acusación, insistiendo en otro pasaje que todo es un puro y duro chantaje económico que estuvo intentando hasta el último momento. Todo ello no es más que una alegación sin sustento probatorio alguno que no puede enturbiar la valoración efectuada por la Sala.

JURISPRUDENCIA · TS ·

También menciona el recurrente con el fin de desacreditar el testimonio de la víctima, la existencia de contradicciones en sus declaraciones, pero se abstiene de concretar y especificar tales supuestas contradicciones, por lo que la queja es puramente retórica e insustancial.

Junto a la prueba testifical de la víctima, practicada con todas las garantías de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad, existe un abundante material probatorio de carácter pericial, documental y testifical que sustenta la declaración de Hechos Probados, razón por la cual el reproche casacional debe ser desestimado.

OCTAVO. Por último, el acusado denuncia la vulneración del principio "in dubio pro reo".

Este principio únicamente opera en casación en aquellos casos en los que el Tribunal deja expresa constancia en la sentencia de la persistencia de dudas sobre la probanza de hechos determinantes para la subsunción y, sin embargo, su resolución se fundamenta en la consideración de estar acreditados.

Es obvio que esta grave irregularidad no aparece en el caso presente, donde el Tribunal sentenciador, al no tener certeza sobre determinados hechos, resuelve la incertidumbre considerándolos no probados, en tanto que sobre los demás datos fácticos que incriminan al acusado, no expresa dudas acerca de su acreditación.

Únicamente podría sustentarse el reproche en el pasaje del Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia (pág. 14), donde el Tribunal señala que "... es posible que en el curso de la discusión la mujer le pidiese al acusado que la dejase bajar. Pero no sabemos si se lo pidió, ni dónde". Sin embargo esta incertidumbre carece de relevancia, porque la voluntad manifiesta, patente y reiterada de la víctima desde que se inició la marcha en el casco urbano de Valencia, con una discusión cada vez más fuerte en el curso de la cual el acusado injuriaba, golpeaba y amenazaba de muerte a la mujer, impidiéndole por la fuerza física abandonar el vehículo donde era retenida, era la de salir del coche para poner fin a esa situación, y esa voluntad, en esas circunstancias, no era necesario que se manifestara formal y expresamente con palabras, cuando el propósito de la Señora M.A.G.S. era manifiesto y palmario.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley interpuesto por la representación de la Acusación Particular M.A.G.S.; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, de fecha 14 de marzo de 2.005, en causa seguida contra el acusado M.A.E.S. por faltas de lesiones, amenazas y de injurias. Se declaran de oficio las costas procesales.

Asimismo, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION interpuestos por la representación del acusado M.A.E.S. y del Ministerio Fiscal contra indicada sentencia, condenando al acusa-

do al pago de las costas ocasionadas en su recurso y declarando de oficio las costas causadas por el recurso del Ministerio Fiscal. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

SEGUNDA SENTENCIA N°: 403/2006

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Abril de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Valencia, con el nº 6056 de 2.002, y seguida ante la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, por faltas de lesiones, amenazas y de injurias contra el acusado M.A.E.S. (...) y, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 14 de marzo de 2.005, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO. Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO. Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado M.A.E.S. como autor criminalmente responsable de un delito de detención ilegal del art. 163.2 C.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; como autor responsable de un delito de lesiones del art. 147.1 C.P., sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho meses de prisión con la misma accesoria; como autor responsable de una falta de amenazas del art. 620.2 C.P. y otra de injurias del mismo precepto, con la pena de multa de diez días por cada una de ellas, con una cuota diaria de 20 euros y con una responsabilidad personal en caso de impago de un día de arresto por cada dos cuotas impagadas.

Manteniéndose el resto de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida no afectados por la presente resolución.

SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. UNA PERSPECTIVA ADECUADA (COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2006 DEL TRIBUNAL SUPREMO)

Con fecha 7 de abril de 2006, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia que resuelve varios recursos de casación que traen su origen de un caso de violencia de género. El interés de estas resoluciones reside en que se considera, muy acertadamente, una detención con una duración de 20 minutos como injustificada y arbitraria, conformando el tipo penal de detención ilegal y con pena de prisión. Dado que el Tribunal estima varios de los motivos planteados en los recursos, casa y anula la sentencia de instancia y dicta una nueva condenatoria.

La Audiencia Provincial de Valencia había condenado a un varón como autor de tres faltas de lesiones, amenazas e injurias, absolviéndole de los delitos de lesiones, detención ilegal, coacciones, violencia habitual, contra la integridad moral, contra la Administración de Justicia y amenazas que le imputaban las acusaciones personadas en el proceso. El relato de hechos probados parte de la reunión de una pareja para intentar solucionar una situación de crisis en sus relaciones, al final de la cual el acusado trasladó en su vehículo a la mujer al domicilio de ella. En el trayecto y tras una discusión, la mujer manifestó su deseo de abandonar el vehículo a lo que se opuso el acusado violentamente. El lapso de tiempo transcurrido y algunas de las circunstancias explicitadas en la sentencia -que puede consultarse más arriba- conduce a la Audiencia a rechazar que se hubiera producido un delito de detención ilegal. Por el contrario, el análisis del Tribunal Supremo encuentra los elementos suficientes para la existencia de esa infracción penal.

Respecto al elemento temporal, el Alto Tribunal considera que el encierro en el vehículo mientras se trasladaban resulta temporalmente relevante pues ya la sentencia de instancia lo había cifrado en unos márgenes de entre 15 y 20 minutos²⁶. Respecto al elemento subjetivo del tipo penal de detención ilegal, también el TS considera su existencia. Para ello valora, en primer lugar, los hechos producidos como causantes de una situación en que la víctima se hallaba constreñida anímicamente en contra de su voluntad²⁷. También entiende el TS que en la configuración del dolo propio de este tipo delictivo es suficiente la consciencia y la voluntad de privar al sujeto pasivo de su libertad de movimientos, siendo irrelevantes -desde esa perspecti-

va- los móviles que a ello condujeran al autor.

Estaba en cuestión si los hechos producidos conformaban, más bien, un delito de coacciones como entendía el Ministerio Fiscal, que también había recurrido en casación. En su respuesta a esta posición, tras la cual se considera que efectivamente se había producido una detención ilegal, el TS se plantea la incidencia de la conducta del autor sobre la libertad ambulatoria de la víctima estimando que debe ser mínimamente relevante. Para establecer esa relevancia uno de los factores a tener en cuenta es el tiempo que había durado la incidencia con independencia de la consumación del delito desde el momento mismo en que se encierra o detiene a alguien²⁸.

Un aspecto más de la complejidad de esta sentencia es la calificación del delito cometido en su tipo básico o en el atenuado, que se da cuando el culpable deja en libertad a la víctima durante los 3 primeros días. Considera el TS que si bien el tipo atenuado ha de excluirse cuando la libertad haya sido lograda por la propia víctima, un examen pormenorizado de los hechos de este caso deben concluir en la aplicación de ese tipo básico²⁹.

También llega a una conclusión diferente a la de la Audiencia Provincial el TS respecto a las lesiones producidas. Mientras la primera las había calificado como constitutivas de una falta, el segundo las considera delito y a esa solución llega tanto por haber precisado el tratamiento médico que requiere esa figura penal más grave, como por el estudio de la autoría de las mismas. Este último punto había surgido por la dificultad de diferenciar las lesiones causadas por el acusado de las derivadas del accidente de tráfico que se produjo a consecuencia del forcejeo dentro del vehículo. Resulta interesante detenerse en este aspecto de los hechos estudiados.

La Audiencia Provincial había rechazado la calificación de delito porque cabía la posibilidad de que determinadas lesiones se hubieran producido a consecuencia del accidente. Precisamente aquí el TS ve necesario alcanzar una solución diferente a la de la Audiencia y, rotundamente, se pronuncia a favor de la imputación objetiva al acusado de los resultados producidos por unas conductas originarias suyas. En efecto y en palabras del Tribunal, "aún aceptando en beneficio del reo que las lesiones que necesitaron tratamiento médico fueran causadas por el accidente producido al accionar la víctima la palanca reductora, ninguna duda cabe de que esa acción y los resultados lesivos de ella derivados traen su causa inmediata de una situación provocada por el acusado de manera directa, consciente y delibe-

²⁶ "Y en el tratamiento del elemento temporal, la misma doctrina ha declarado que el delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que tiene lugar la detención o el encierro, ya que en uno y otro caso se priva al sujeto pasivo de su derecho de trasladarse de lugar según su voluntad, de suerte que en ambos supuestos se restringe ostensible y gravemente el derecho a la deambulación en tanto se impide el ejercicio del libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona (véanse, entre otras, SS.T.S. de 27 de octubre de 1.995, 23 de mayo de 1.996, 15 de diciembre de 1.998 y 2 de noviembre de 1.999, y 1 de abril de 2.002)".

²⁷ "El acusado quien no sólo impedía a la víctima acceder a los asientos delanteros para salir del vehículo, sujetando y empujando a la mujer, sino que, además, en ese contexto, produjo a ésta una serie de lesiones traumáticas que la misma sentencia diferencia de las que se ocasionaron como consecuencia de la brusca parada del vehículo al accionar la mujer la reductora del cambio de marchas (pág. 18 de la sentencia). Y, junto a ello, las agresiones verbales injuriosas y amenazantes que, todo unido, sin duda debieron provocar el "constreñimiento anímico" que la sentencia niega.

²⁸ "En primer lugar, cuando se haya producido una conducta que elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión acerca del lugar donde desea permanecer o a donde desea dirigirse. En segundo lugar, que tal privación de libertad se haya extendido durante un periodo temporal mínimamente relevante, lo que excluye las privaciones de libertad instantáneas y fugaces, o bien aquellas otras que han de considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos o en las agresiones sexuales (véase, entre otras, STS de 5 de mayo de 2.001)".

rada, por lo que aquél debe responder de las consecuencias causalmente relacionadas con dicha situación a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado, porque no es necesario ningún alarde dialéctico para comprobar que tales resultados lesivos no hubieran tenido lugar si el acusado no hubiera creado esa real situación de peligro para la víctima, jurídicamente desaprobada. Y porque es en esa situación, en la que la Sra. M.A.G.S. se encuentra encerrada contra su voluntad en el coche, insultada gravemente, amenazada de muerte y golpeada cuando intenta abrir las puertas, cuando, para huir de la misma, acciona la marcha reductora provocando el accidente”³⁰.

Finalmente, es importante indicar que el TS estima conveniente dar un paso más en la sentencia aunque no pueda otorgarle

relevancia penal, por las condiciones específicas de este tipo de procesos de casación. Sí la tiene desde el punto de vista estricto de los derechos fundamentales y, de un modo más amplio, desde el rechazo que deben producir los hechos constitutivos de violencia contra las mujeres, tienen su importancia. En concreto, la víctima había reprochado a la sentencia de instancia omitir cualquier valoración sobre los testimonios de las personas que les auxiliaron con motivo de los hechos acaecidos. Ella consideró esta omisión como una arbitrariedad y el TS considera que ciertamente se había producido una afectación a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito por haberse prescindido de la valoración de una de las pruebas interesadas por ella³¹. (Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga).

29 “Examinando las circunstancias concurrentes en el presente caso, resulta claro y palmario que no existe dato alguno que permita siquiera sugerir que la privación de libertad se fuera a prolongar por más de 72 horas, siendo, por el contrario, racionalmente deducible de la situación descrita en el “factum”, que esa pérdida de libertad habría concluido en breve espacio temporal cualquiera que hubiera sido el proyecto del autor y cualquiera que hubiera sido el desenlace final del episodio, bien fuere la efectiva puesta en libertad de la víctima o, incluso, la comisión de actos agresivos de una u otra naturaleza contra la misma, respecto de los que ningún dato apunta que fueran a demorarse más allá de los tres días establecidos por el precepto. Por ello, consideramos que debe ser aplicado el art. 163.2 C.P., imponiendo al acusado la pena de dos años y seis meses de prisión”.

30 “La esencia de la teoría de la imputación objetiva radica en la idea de que el resultado lesivo debe serle imputado al acusado siempre y cuando dicho resultado sea la consecuencia o realización de un peligro jurídicamente desaprobado creado por aquél, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera producido el resultado que finalmente tuvo lugar. Y como quiera que es incuestionable que en el caso examinado fue el acusado quien con su actuación previa dio lugar a la situación de peligro a que se vio sometida la mujer, y que la acción de ésta para liberarse de tan acuciante situación no estuvo motivada por otras causas, resulta incontestable la relación de causalidad directa e inmediata con las lesiones sufridas por la misma y, por ello, que el acusado debe responder por el resultado lesivo de la integridad física de la víctima.

Nada empuja para ello que el acusado no hubiera tenido acaso la concreta y específica intención de producir a la víctima las lesiones que ésta sufrió, pero una ponderación mínimamente racional de los hechos y del desarrollo de los mismos, conduce inexorablemente a considerar que el acusado actuó con dolo eventual en cuanto en el escenario donde se produjeron los hechos destaca la persistente y decidida voluntad de la mujer de abandonar el vehículo, lo que le era impedido por el acusado al bloquear la apertura de las mismas con el cierre centralizado, y rechazando con actos de violencia física los intentos de aquélla de alcanzar dicho mecanismo, siendo evidente para cualquiera que en esa situación de angustia por escapar y evadirse de la amenaza que se cernía sobre la secuestrada, ésta podría realizar cualquier acción que le permitiera alcanzar esos objetivos, aún a riesgo de su propia integridad, como hubiera sido abalanzarse sobre el acusado o, lo que finalmente realizó, accionar la palanca reductora, y es claro que el acusado pudo y debió prever la posibilidad y la probabilidad de tales reacciones y las consecuencias de éstas, aceptándolas y consintióndolas”.

31 “Al bajar de su vehículo se dirigió, hacia la ventanilla del conductor, donde había divisado la silueta, y se dirigió al mismo, preguntándole qué le había pasado con el coche que le salía humo del motor, él tenía una mano sobre el volante y el cuerpo ligeramente girado hacia atrás, hacia la parte posterior del vehículo. En primera instancia no le contestó, lo cual dadas las circunstancias y las horas y tal vez poniéndose a la defensiva, elevó el tono de voz, siendo esta vez mucho más rotundo, en la pregunta. El conductor se giró hacia el testigo y le contestó que no había sido nada, con la misma rotundidad le volvió a insistir que cómo que nada si le salía humo del motor, él le dijo que había sido un golpe, un accidente y que no se preocupara. Dado que el declarante cuando sobrepasó el coche vio que no tenía golpe alguno ni en los laterales, ni en ninguna zona del vehículo, él volvió a preguntar que cómo que un golpe, si no había ningún golpe en el vehículo, y tan solo salía humo del motor”.

Al darse cuenta de que en la parte trasera del vehículo aparecía el rostro ensangrentado de una mujer “le volvió a insistir al conductor en que como decía que no había pasado nada, si ella tenía el rostro lleno de sangre, él se giró hacia atrás como sorprendido y entonces le preguntó a la mujer, M.A.G.S. ¿Te has dado un golpe? a lo que ella no contestó. Esta situación le extrañó mucho, dado que desde que vio el coche parado, sobrepasándole más tarde, poniéndose detrás suyo, bajando de su vehículo, y llegando hasta la ventanilla, por lo menos unos cinco minutos, cómo era posible que no hubiera tenido tiempo de ver si esa mujer había tenido un golpe”.

Después de que el testigo sacara a la mujer del coche accidentado, para lo cual el acusado abrió los seguros de cierre. “A ella la acercó a la cuneta, la puso en su suelo y rápidamente fue a retirar también su vehículo dejándolo en la cuneta al lado de ella, mientras tanto el conductor seguía retirando el suyo, y ella empezó, desde que bajó del coche y se apartaron cinco metros de él empezó a decirle que la quería matar, le decía y repetía el nombre completo de él y de ella, repitiendo que quería matar, que la quería matar, que la llevaba a Oliva, para dejarla muerta o tirada en una cuneta muerta, lo cual le puso sobre aviso de que por lo visto le estaba pegando una paliza dentro del coche. Le repetía una y otra vez que la dejara, que se quedara con ella, y le cogió tan fuerte de la muñeca que incluso le dejó marcas”.

“En este momento paró el otro vehículo, bajó alguien que conocía de vista, por ser de la misma localidad que el testigo, el cual le preguntó que qué sucedía, mientras le empezaba a contar a esta persona lo sucedido, a unos cuatro metros de M.A.G.S., nombre de esta chica, el conductor del vehículo se dirigió hacia ella, se agachó, junto a ella con lo cual por temor de que le pudiera decir algo más, abandonó la conversación con este conocido y se situó detrás de ellos para ver lo que le decía, y escuchó cómo terminaba una frase diciendo <<te mato a ti y a tus hijos>>”.

El testigo “se dirigió hacia el conductor del vehículo para preguntárselo, el conductor del vehículo se acercó a unos cinco metros de donde estaban ellos y le dijo que sí que él ya había llamado. El chico le volvió a insistir si había llamado a una ambulancia, a lo cual le contestó que sí que él ya había llamado y que ahora venía, el chico le volvió a preguntar, que si había llamado a una ambulancia, a la Guardia Civil o dónde, a lo cual contestó que había llamado a una grúa y a un taxi, que no se preocuparan. El conductor insistía en quitarle hierro al asunto y entonces le dijeron que aquello no era cosa de una grúa y un taxi, sino de una ambulancia y la guardia civil”.

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