

# ARTICULO

# 14

## UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información  
y Análisis Jurídico

NÚM. 15 • MAYO DE 2004

### DOCTRINA

- La preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona.

### LEGISLACIÓN

- Impacto de género y paridad en los cargos en la Comunidad Autónoma Andaluza.
- Modificación del Código Penal.
- Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.
- Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana.

### JURISPRUDENCIA

- Compatibilidad entre el derecho a la baja maternal y las vacaciones.
- Privación de la patria potestad sobre su hijo al recurrente por haber matado a su esposa.
- La responsabilidad civil del Estado, en asesinato por violencia doméstica.
- Concurso real de delitos: Lesiones y detención ilegal de la novia.
- Delito de abandono de familia por impago de pensiones.
- Acoso sexual agravado por situación de superioridad laboral.
- Delito de apología de la violencia de género.



# ARTÍCULO 14

## Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

### Dirección:

Teresa Jiménez Vilchez

### Coordinación:

Pilar Gutiérrez

### Contenidos:

Área de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Málaga

### Dirección Técnica:

M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer

### Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.<sup>a</sup> del Mar Navas Sánchez

M.<sup>a</sup> Dolores Cabello Fernández

Montserrat Reyes

### Edita:

Consejería para la Igualdad  
y Bienestar Social

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

*Directora del Instituto Andaluz de la Mujer* ..... 3

### DOCTRINA

La preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional ..... 4

### LEGISLACIÓN

• Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas  
fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma Andaluza.  
Capítulo VIII: impacto de género (artículo 139) y paridad en los cargos  
(artículo 140). ..... 13

• Decreto 93/2004, de 9 de marzo, de la Junta de Andalucía por el que  
se regula el informe de evaluación del impacto de género en los pro-  
yectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno. .... 13

• Ley Orgánica 15/2003, DE 25 de Noviembre, por la que se modifica  
la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. .... 16

• Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el  
Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia  
doméstica. .... 20

• Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no dis-  
criminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. ... 25

• Ley 56/2003, de empleo. .... 25

• Decreto 20/2004, de 13 de febrero, del Consell de la Generalitat, por  
el que se crea el Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana. ..26

### JURISPRUDENCIA TJUE

• Sentencia del Tribunal de Justicia (sala sexta), de 18 de marzo de  
2004. Compatibilidad entre el derecho a la baja maternal y las vacaciones. ..29

### JURISPRUDENCIA TS

• Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2003. Privación  
de la patria potestad sobre su hijo al recurrente por haber matado a su  
esposa. .... 36

• La responsabilidad civil del Estado: Sentencia del Tribunal  
Supremo del "crimen de la paz" de 27 de octubre de 2003. .... 39

• Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2003.  
Concurso real de delitos: Lesiones y detención ilegal de la novia. .... 40

• Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2003. Delito de  
abandono de familia por impago de pensiones. .... 47

### JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

• Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 27 de junio  
de 2003. Delito de acoso sexual agravado por situación de superiori-  
dad laboral. .... 56

• Sentencia del Jutjat Penal n° 3 de Barcelona, de 12 de enero de 2004,  
que condena al Imán de Fuengirola, por delito de apología de la vio-  
lencia de género. .... 59

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES ..... 66

## PRESENTACIÓN

El pasado 13 de marzo entró en vigor el Decreto 93/2004, de 9 de marzo, por el que se regula el Informe de Evaluación de Impacto de Género en los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno.

La finalidad de esta nueva disposición reglamentaria es que todas las medidas legislativas de la Administración Andaluza tengan en consideración la perspectiva de género, es decir, la repercusión que éstas van a tener en la población femenina.

Desde la Unión Europea, hace algunos años que viene requiriéndose la necesidad de que todas las políticas generales y la acción de gobierno de los Estados Miembros, tengan en cuenta a la mitad de la ciudadanía que representan las mujeres. Dado que las desigualdades existen y que la discriminación por razón de sexo es una realidad aún en muchos ámbitos de la vida, se hace necesario que las Políticas de Igualdad de Oportunidades ocupen un lugar prioritario en toda la acción pública.

Lo que se regula pues con este Decreto es la necesidad de que no se limiten los esfuerzos de promoción de la igualdad únicamente a la ejecución de medidas específicas - Políticas de Acción Positiva -, sino que, por el contrario, se actúe de forma transversal en todas las políticas generales con el fin de hacer efectiva dicha igualdad.

Cuando hablamos de evaluar el impacto en función del género, nos estamos refiriendo a analizar y valorar la situación actual y la tendencia futura de mujeres y hombres en el ámbito de aplicación de las políticas propuestas.

El Decreto 93/2004 establece que el Informe de Evaluación de Impacto de Género, que emitirá el órgano competente para la iniciación del procedimiento de elaboración de la norma, debe describir, al menos, las diferencias existentes entre las mujeres y hombres en el ámbito de actuación de las medidas que se pretenden regular, incluyendo los datos desagregados por sexos recogidos en estadísticas oficiales, así como el análisis de impacto potencial que su aprobación producirá en la población.

El cumplimiento de esta medida va a requerir de la concienciación y colaboración de todos los departamentos de la Junta de Andalucía, que deberán realizar un análisis, cualificado y exhaustivo, sobre la realidad de mujeres y hombres y muy especialmente del Instituto Andaluz de la Mujer al que corresponden las funciones de impulso, coordinación, seguimiento y evaluación de las actuaciones en desarrollo de esta medida.

Lejos de convertirse en un nuevo requisito reglamentario para la elaboración de las disposiciones normativas, o de un mero informe de trámite, el Gobierno Andaluz ha querido legislar, de forma pionera, sobre una iniciativa que sin duda, producirá efectos positivos en la consecución de la igualdad: de una parte, contribuye al objetivo general de avanzar en la igualdad de oportunidades, real y efectiva, entre mujeres y hombres, eliminando cualquier forma de discriminación. Y por otra, esa mitad de la población histórica y culturalmente ignorada, verá de una vez colmadas sus aspiraciones de plena ciudadanía, al sentirse reflejadas como sujetos activos de la acción pública de la Junta de Andalucía.

La sociedad moderna y de progreso que estamos construyendo en Andalucía, no puede dejar de lado el importante papel que las andaluzas hemos protagonizado en las últimas décadas con nuestra incorporación a la vida pública, ni tampoco el liderazgo conjunto que hombres y mujeres, estamos llamados a protagonizar en el futuro de nuestra tierra.

La Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

## DOCTRINA

## LA PREFERENCIA DEL VARÓN SOBRE LA MUJER EN LA SUCESIÓN A LA CORONA

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ  
CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

*Sumario.* 1. La sucesión como elemento propio de la Monarquía. 2. El orden de sucesión. 2.1. Principios de la sucesión hereditaria. 2.2. La posición de la mujer en el orden sucesorio. 2.3. El orden de sucesión establecido en el artículo 57.1 de la Constitución: la preferencia del varón sobre la mujer. 3. La igualdad como valor, principio y derecho en la Constitución española de 1978. 4. La posible inconstitucionalidad de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden de sucesión español. 5. La reforma constitucional de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden de sucesión a la Corona.

### *La sucesión como elemento propio de la Monarquía*

De electiva a hereditaria y de absoluta a parlamentaria, la Monarquía ha tenido en la familia el soporte imprescindible para su existencia y permanencia a lo largo de los siglos. La Monarquía que, terminológicamente, significa el *gobierno de uno*, presenta, sin embargo, una cierta dimensión grupal como consecuencia del entramado familiar en el que se asienta y que permite su propia renovación. Este dato resulta relevante para entender algunas de las peculiaridades de esta institución en su inserción en las actuales sociedades democráticas. Sin embargo y aunque se pueda aceptar que la institución presenta matices y peculiaridades ajenas a los principios que rigen en el resto de las instituciones y órganos de los Estados democráticos (el carácter hereditario, la exención de responsabilidad del rey ...), esas excepciones deberán ser exclusivamente aquellas que no puedan ser eliminadas sin destruir la propia institución. La preferencia del varón sobre la mujer en el orden de sucesión a la Corona no se encuentra, en mi opinión, entre estas excepciones, podríamos decir, *estructurales*, que acompañan a la institución monárquica y sin las cuales dicha institución desaparecería. Las siguientes páginas están dedicadas a argumentar esta opinión y a concluir sobre la inexcusable necesidad de reformar el orden de sucesión a la Corona en España eliminando del mismo la preferencia del varón sobre la mujer contenida actualmente en el artículo 57.1 de nuestro Texto Fundamental<sup>1</sup>.

Como sabemos, en las Monarquías hereditarias, “la transmisión de la Corona se efectúa *ope legis* y en el seno de una familia (dinastía) cuyos miembros ostentan derecho a ocupar el trono en caso de vacante, según el orden al objeto establecido”<sup>2</sup>. También en el modelo de Monarquía electiva de vigencia extraordinariamente escasa en la actualidad y ajena a regímenes democráticos, la elección del sucesor acontece entre aquellos que se encuentran unidos por lazos de parentesco aunque el mismo puede ser designado con cierto grado de discrecionalidad por el Monarca anterior o por un órgano colegiado o con el concurso del Monarca y otros órganos estatales.

Desaparecidas en los países de nuestra área las Monarquías electivas, el *principio hereditario* ha llegado a ser consustancial a la forma monárquica de Jefatura del Estado. El orden sucesorio puede encontrarse recogido en la Constitución; en una Ley de Sucesión, en las normas dinásticas o incluso en usos y costumbres seculares. En tanto este orden sucesorio reviste capital relevancia en la provisión de un órgano estatal, es de máxima importancia que figure expresa y claramente recogido en el Ordenamiento jurídico.

La aceptación del principio hereditario lleva consigo la de otros principios que resultan complementarios de aquél. Así sucede con el denominado *principio de la sangre* que, unido al *criterio de legitimidad*, articula la sucesión en torno a la descendencia consanguínea y en el seno de *matrimonios legítimos*<sup>3</sup>. No podemos desconocer, sin embargo, que, en la actualidad, el concepto de *legitimidad* referido a los descendientes posee una distinta significación en las sociedades civiles democráticas que en el contexto de las familias reales, pues, mientras en

<sup>1</sup> En 1984 ya me pronuncié en un artículo en colaboración sobre este problema y sobre la necesidad, en su caso, de reformar la Constitución para eliminar la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona. Puede consultarse: MELLADO PRADO, P., y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978”, publicado en la *Revista La Ley* el 23-XI-84.

<sup>2</sup> PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 285.

<sup>3</sup> Empleo el término *legítimo* en este contexto para mayor claridad, aun sin desconocer lo obsoleto que, a juicios de muchos y en el mío propio, pueda resultar tal denominación.

## DOCTRINA

aquéllas la filiación no depende exclusivamente de la existencia de matrimonio entre los padres<sup>4</sup>, las monarquías actuales siguen vinculando *de facto matrimonio* y *legitimidad* de la descendencia lo señalen así o no sus respectivas normas<sup>5</sup>.

## 2. El orden de sucesión

### 2.1. Principios de la sucesión hereditaria

Los principios que ordenan la sucesión en las Monarquías hereditarias tienen su origen en el derecho privado familiar y sucesorio de donde, con distintas peculiaridades según las épocas y los diferentes países, pasaron al ámbito jurídico-público. Estos principios de articulación sucesoria son: a) la *primogenitura* que otorga los derechos a la persona de más edad (dentro del respeto a los demás principios). El principio de primogenitura puede quedar matizado (como sucede en la Constitución española) por el principio de preferencia del varón sobre la mujer como se explica más adelante; b) el principio de *representación* conforme al cual tiene prioridad para suceder el hijo de aquel que estaba llamado a suceder en primer lugar (por ejemplo, sucederá el nieto varón, hijo el Príncipe Heredero en el caso de que éste muera o renuncie, con preferencia a los demás hijos del Rey); c) la *línea* es, como los anteriores, un concepto de Derecho privado conforme al cual los parientes (hijos, hermanos, sobrinos ...) se clasifican en líneas (recta, colateral) siendo preferidas las líneas anteriores a las posteriores lo cual determina que sucederán antes los parientes más cercanos a los más lejanos; d) el *grado* determina la mayor cercanía o lejanía generacional del posible sucesor, de ahí que la Constitución establezca la preferencia del grado más próximo a quien transmite los derechos (sucede, por ejemplo, antes el hijo que el nieto). Junto a estos principios siempre ha sido relevante y significativo del tipo de Monarquía la posición de la mujer en el orden sucesorio del que tratamos a continuación.

### 2.2. La posición de la mujer en el orden sucesorio

Si bien los anteriores principios sucesorios se han mantenido estables a lo largo de los siglos ordenando la sucesión monárquica, la posición de la mujer en el orden sucesorio ha sido sin embargo un aspecto frecuentemente discutido y origen de no pocas controversias dinásticas y políticas que ha dado lugar a diferentes sistemas sucesorios. Al respecto podríamos decir que existen cuatro modelos de sucesión a la Corona en relación con la posición de la mujer en dicha sucesión:

la denominada *Ley Sálica* conforme a la cual la mujer queda totalmente excluida de la sucesión por sí y por sus descendientes;

la exclusión de la mujer por sí pero no por sus descendientes, lo cual le impide reinar pero le permite transmitir los derechos sucesorios;

la preferencia del varón sobre la mujer dentro del mismo grado y línea, sistema conforme al cual la mujer puede llegar a acceder al Trono siempre que, en su mismo grado y línea, no exista varón capaz para la sucesión; y

la igualdad en el acceso al Trono entre los hombres y las mujeres aplicándose los principios sucesorios (primogenitura, representación, grado, línea ...) sin distinción entre uno y otra.

Aunque pudieran encontrarse argumentos históricos que permitieran explicar la exclusión, total o parcial, de la mujer del orden sucesorio o la preferencia del varón en igualdad de grado y línea, tales argumentos son insostenibles en la actualidad tal y como se explica a continuación por lo que resulta ineludible concluir que la igualdad entre el hombre y la mujer en la sucesión a la Corona es el único sistema que en los momentos actuales resulta jurídicamente defendible. Así lo han entendido las fuerzas políticas y la propia Monarquía en distintos países europeos que, en los últimos años, han modificado sus leyes sucesorias eliminando los derechos únicos de los varones o la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona mientras otros (Reino Unido, España, Mónaco ...) mantienen sistemas que excluyen o postergan a la mujer en la sucesión.

<sup>4</sup> En la Constitución española (art. 14) se garantiza la igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación por razón, entre otros aspectos, de nacimiento. De igual manera, se garantiza, expresamente, la igualdad de todos los hijos con independencia de que hayan nacido de padres casados o no (art. 39 2 y 3 CE).

<sup>5</sup> La necesidad de que la descendencia sea *legítima* a efectos de sucesión en el Trono, se recogió en el art. 175 de la Constitución de 1812; en el art. 52 de la Constitución de 1837; en el art. 51 de la Constitución de 1845; y en el art. 61 de la Constitución de 1876. En el Derecho comparado encontramos este requisito en el art. 25 de la Constitución de los Países Bajos; en el art. 6 de la Constitución de Noruega; art. 60 de la Constitución belga; art. 5 de la Ley de Sucesión al Trono de Dinamarca. La Constitución española no incorpora ninguna referencia a la *legitimidad* de la descendencia, pero parece innegable que el Título II contempla y regula, sin excepción, los diversos aspectos en base al matrimonio del Rey y a la descendencia igualmente matrimonial del Jefe del Estado y de los llamados a la sucesión, en especial, del Príncipe o Princesa de Asturias. Excepcionalmente, encontramos en el Derecho comparado el instituto de la adopción como medio de asegurar la sucesión; así lo establece la Constitución de Mónaco (art. 10). Problemas aún más difíciles de resolver presenta la posible aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida y clonación humana en las personas llamadas a la sucesión, tema sobre el que no podemos entrar en estas páginas.

## DOCTRINA

Entre los países que han modificado sus normas sucesorias para establecer la igualdad entre el hombre y la mujer en el acceso al Trono, podemos citar la reforma introducida en 1980 en Suecia (art. 1º de la Ley de Sucesión) que originó un cambio en la línea de sucesión ya que los derechos sucesorios del Príncipe Felipe (segundo hijo y único varón de los Reyes Carlos Gustavo y Silvia de Suecia) pasaron a su hermana mayor, la Princesa Victoria actual Princesa Heredera de Suecia. También en Noruega se reformó el sistema de sucesión con fecha 29 de mayo de 1990 (art. 6 de la Constitución), aunque en este caso la reforma no afectó a los derechos de sucesión del Príncipe Haakon pero la igualdad será aplicable respecto de su primera hija, la Princesa Ingrid Alexandra que sucederá a su padre como hija primogénita. Bélgica reformó igualmente sus normas sucesorias, el 21 de junio de 1991, (art. 60 de la Constitución), donde, igualmente, se han respetado los derechos del Príncipe Felipe actual Príncipe Heredero al que, como en el caso noruego, le sucederá su primogénita, la Princesa Elisabeth aunque el Príncipe Felipe y su esposa Matilde tienen ya un segundo hijo varón. Un similar ejemplo lo encontramos en la reforma acontecida en 1993 en Holanda donde no existía problema político alguno en la presente generación ya que la actual Reina Beatriz ha tenido tres hijos varones, el primogénito de los cuales, el Príncipe Guillermo, es el actual Príncipe Heredero, pero al que sucederá en su momento su hija primogénita, Catharina Amalia.

La denominada Ley Sálica que excluye a las mujeres de la sucesión no fue nunca ley histórica en nuestro país. Esta norma de origen francés fue introducida en España por Felipe V rompiendo la tradición española -igualmente discriminatoria- de la preferencia del hombre sobre la mujer. Según la tradición española, las mujeres accedían al trono a falta de heredero varón en el mismo grado, pero Felipe V en una *Pragmática de 1713* con el asentimiento de las Cortes, estableció que sólo podrían acceder al trono en el caso de que no hubiera ningún heredero varón ni en la línea recta ni en la línea colateral, cualquiera que fuera su grado, de esta forma se estableció una suerte de *ley sálica mitigada* (la ley sálica excluye absolutamente a las mujeres del trono); además, los príncipes nacidos en el extranjero perdían sus derechos a la Corona<sup>6</sup>.

Sin embargo, las reglas contenidas en la *Pragmática de 1713* fueron posteriormente adaptadas a las circunstancias de los sucesivos monarcas; así, Carlos III, para evitar que su hijo Carlos no se viera excluido del Trono español y éste pasara al Infante don Luis (hermanos de Carlos III) por haber nacido aquél en Nápoles, dictó la conocida *Pragmática en 1776*<sup>7</sup>, según la cual quedan excluidos de la sucesión los príncipes que contrajeran matrimonio *desigual*, obligando después al infante don Luis a contraer un matrimonio de esta naturaleza con Teresa de Villadriga hecho con el que garantizó la sucesión de su hijo que efectivamente fue rey con el nombre de Carlos IV.

Fue precisamente Carlos IV el que ante la posibilidad de no dejar heredero varón, sometió a las Cortes la abolición de la *Pragmática de 1713* y la vuelta a las reglas tradicionales españolas que permitían, como ya hemos señalado, reinar a las mujeres en ausencia de varón del mismo grado. Las Cortes aprobaron esta *Pragmática Sanción* en 1789 aunque el monarca nunca llegó a promulgarla, llevándose a efecto tal promulgación por Fernando VII en 1830 cuando la Reina María Cristina se encontraba ya embarazada de la futura Isabel II que nacería seis meses después. Como es sobradamente conocido, a su muerte, en 1833, Fernando VII tenía dos hijas nacidas de su cuarto matrimonio con María Cristina de Borbón: Isabel (después Isabel II) y Luisa Fernanda<sup>8</sup>. Los derechos de Isabel eran indiscutibles según la Constitución de 1812 que establecía la preferencia del varón sobre la mujer pero no excluía a éstas del Trono, pero el texto gaditano había sido declarado nulo por el propio Fernando VII. Todavía, en 1832, estando ya Fernando VII gravemente enfermo, partidarios del infante don Carlos lograron la firma del Rey en un documento que derogaba la *Pragmática* que permitiría reinar a Isabel II y se atribuye a la infanta Luisa Carlota (hermana de la Reina María Cristina) la destrucción de dicho documento. Restablecido temporalmente Fernando VII confirmó, aunque no era jurídicamente necesario, la validez de la *Pragmática* y, por tanto, de los derechos sucesorios de su hija primogénita. Las reivindicaciones sucesorias de Don Carlos contra los derechos de su sobrina Isabel, negando validez a la *Pragmática Sanción* plantearon la cuestión sucesoria en la familia Borbón que costó a España tres guerras civiles (las guerras *carlistas*)<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> DESDEVEISES DU DEZERT, G.: *La España del Antiguo Régimen*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 1989, pág. 255.

<sup>7</sup> Esta *Pragmática* ha merecido atención y comentarios a partir de que fuera considerada, en opinión que no compartimos, vigente y, por tanto, aplicable a los matrimonios que en su momento celebraron las Infantas, doña Elena y doña Cristina. Esta tesis resulta insostenible jurídicamente muestra de lo cual es su escasa mención en relación con el enlace del Príncipe de Asturias, don Felipe de Borbón. Sobre este punto puede consultarse: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: "Matrimonios regios y sucesión a la Corona", en *Estudios sobre la Monarquía*, UNED, Madrid, 1995.

<sup>8</sup> Fernando VII estuvo casado anteriormente con María Antonia de Nápoles, de la que no tuvo descendencia; con Isabel de Braganza con quien tuvo una hija que falleció a los cinco meses de edad; y con María Josefa Amalia de Sajonia con quien estuvo casado diez años y no tuvo descendencia. Su cuarta esposa fue su sobrina, M<sup>a</sup> Cristina de Borbón con quien se casó en 1829.

<sup>9</sup> El 29 de septiembre de 1833 muere Fernando VII cuando su hija Isabel no tiene todavía tres años, por lo que su madre, María Cristina se convirtió en Reina Regente. Este hecho, que truncó las aspiraciones de don Carlos, desencadenó la guerra civil y la Regente hubo de apoyarse en los *liberales*, en contra de sus intenciones e intereses inicialmente más cercano al absolutismo, que, a la sazón, eran los que defendían la validez de los derechos sucesorios de su hija, ya que los *absolutistas* apoyaban al infante Don Carlos como representante de un régimen más conservador.

## DOCTRINA

## 2.3. El orden de sucesión establecido en el artículo 57.1 de la Constitución: la preferencia del varón sobre la mujer.

El artículo 57.1 de la Constitución española de 1978 consagra el orden sucesorio al Trono español al establecer que: *La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá 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 mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.*

La Constitución española de 1978 incorporó el orden más tradicional en España: la preferencia del varón sobre la mujer. El ya mencionado artículo 57.1 de nuestro Texto fundamental recoge los elementos básicos que hacen posible el principio hereditario en la sucesión monárquica, salvo en lo que se refiere a la preferencia del varón sobre la mujer; preferencia que ya figuraba en *Las Partidas*<sup>10</sup> y que, dada la fecha de promulgación de nuestra Carta Magna, resultaba ya superada, estableciendo una excepción, sólo justificada por la tradición histórica y el momento político que se vivía en 1978, -argumentos ambos insuficientes a mi juicio para justificar la decisión constituyente- de excepcionar el principio constitucional de la igualdad.

Con todo, el orden de sucesión incorporado en el apartado primero del artículo 57 de la Constitución, no es en absoluto novedoso en nuestro constitucionalismo. Tal orden ya figuraba en la Constitución de 1812 (arts. 174 y 176); en la de 1845 (art. 50); en la de 1869 (art. 77); y en la de 1876 (art. 60). Por su parte, la Ley de Sucesión de 26 de julio de 1946 (art. 11)<sup>11</sup> estableció la exclusión absoluta de las mujeres para reinar, aunque permitía que éstas transmitieran los derechos a su descendencia.

De noviembre de 1975 a diciembre de 1978, la sucesión en el Trono se rigió por el artículo 11.I de la Ley de Sucesión de 1946, por tanto, junto a otros principios, se legalizó la exclusión de las mujeres en la sucesión aunque podían transmitir a sus herederos el derecho. Es en este contexto normativo en el que, el Real Decreto de 21 de enero de 1977, reconoce como Príncipe de Asturias a Don Felipe de Borbón y Grecia que, el 1 de noviembre de 1977, en Covadonga, fue designado formalmente Príncipe Heredero con el tradicional título de *Príncipe de Asturias*. Conforme a esta legislación, las Infantas doña Elena y doña Cristina resultaban excluidas por sí, aunque no por su descendencia masculina, del orden de sucesión, situación que, como venimos afirmando, quedó modificada por la Constitución de 1978.

Las Cortes Constituyentes se encontraron, pues, con el hecho consumado del nombramiento anterior del Príncipe don Felipe como Príncipe de Asturias. Por tanto, de las dos posibilidades que creyeron tener sin modificar el nombramiento de heredero hecho en favor de don Felipe de Borbón, se decidieron por el que estimaron menos vejatorio para la mujer: la preferencia del varón sobre la mujer en el orden de sucesión, rechazando la exclusión de ésta tal y como estaba prevista en la Ley de Sucesión franquista. El error de los constituyente quizá fue precisamente estimar que uno de estos dos sistemas debía incluirse necesariamente en la Constitución española cuando podía haberse solucionado la cuestión jurídica del mismo modo a como posteriormente se ha hecho en Bélgica y Noruega: aplicando la igualdad en el acceso a la Corona para las generaciones siguientes a la del Príncipe Heredero.

Efectivamente, si los constituyentes deseaban respetar la decisión preconstitucional de designación de heredero tenían una airosa salida jurídica que, sin embargo, no mereció la atención de sus señorías. Así, podían haberse constitucionalizado los derechos del actual Príncipe de Asturias, con una mención expresa en la Constitución, y establecer, para los sucesivos herederos, un orden de sucesión en el Trono español en el que desapareciera la desigualdad por razón de sexo. Los constituyentes españoles perdieron la oportunidad histórica, por tanto, de situar a la Constitución española en el contexto de las Monarquías europeas más consolidadas.

<sup>10</sup> La Ley 2ª, Título XV, Partida 2ª, estableció la sucesión a la Corona sobre los mismos principios recogidos para la sucesión en los mayorazgos regulares; así el llamamiento era:

1. El hijo mayor;
2. Por derecho de representación, los hijos del hijo mayor, en el caso de que éste hubiese muerto antes de subir al Trono y aunque vivieran sus hermanos.
3. A falta de hijos varones del Rey difunto, sus hijas.
4. Y, a falta de descendientes, el pariente más cercano.

Así, la línea recta excluye en este sistema a la colateral; el grado más próximo al más remoto; el sexo masculino al femenino; y la mayor edad a la menor edad en igualdad de línea, grado y sexo.

<sup>11</sup> El artículo 11 de la Ley de sucesión decía:

*"1. Instaurada la Corona en la persona de un Rey, el orden regular de sucesión será el de primogenitura y representación, con preferencia de la línea anterior a la posterior; en la misma línea, del grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, del varón a la hembra, la cual no podrá reinar, pero sí, en su caso, transmitir a sus herederos el derecho, y, dentro del mismo sexo, de la persona de más edad a la de menos; todo ello sin perjuicio de las excepciones y requisitos preceptuados en los artículos anteriores."*

Conforme a esta previsión F. Franco propuso a las Cortes Españolas al actual Rey, Don Juan Carlos de Borbón, como sucesor suyo a título de Rey el 19 de julio de 1969.

## DOCTRINA

Finalmente, el artículo 57.1 de la Constitución consagra la preferencia del varón sobre la mujer la sucesión en la Corona, en un precepto que, de conformidad con lo establecido en el artículo 168.1 del mismo Texto constitucional, está sujeto, en su caso, al procedimiento de reforma agravada previsto en este último artículo, aspecto del que tratamos en un epígrafe posterior.

No se ha elaborado, o al menos, no se ha hecho público de manera oficial en España, la relación de las personas y puestos que ocupan en el orden de sucesión como, quizá, hubiera sido conveniente<sup>12</sup>. El apartado 1, del artículo 57 de la Constitución, como ya señalé, establece que la “*Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, ...*” conforme a unos principios que igualmente se detallan entre los que se encuentra la tan reiterada preferencia del varón sobre la mujer. Según dicho precepto constitucional le corresponde a don Felipe, tercer hijo y único varón de los Reyes don Juan Carlos y doña Sofía, el título de Príncipe de Asturias como sucesor inmediato a la Corona.

En cuanto a las hijas del Rey, la Infanta doña Elena y la Infanta doña Cristina, según la Ley de Sucesión de 1946 no tenían derecho a reinar pero de conformidad con la Constitución vigente poseen tal derecho. En el momento de cerrar estas páginas es inminente la celebración, el próximo 22 de mayo de 2004, del matrimonio del Príncipe de Asturias -que ocupa el primer lugar en el orden de sucesión- con doña Letizia Ortíz Rocasolano, anunciado por sus Majestades los Reyes el pasado 1 de noviembre de 2003, el segundo lugar en dicho orden de sucesión lo ocupa la Infanta doña Elena de Borbón, en el tercero y cuarto lugar respectivamente sus hijos Felipe Juan Froilán y Victoria Federica; en quinto lugar la Infanta doña Cristina de Borbón y en sexto, séptimo y octavo lugar respectivamente sus hijos, Juan Valentín, Pablo Nicolás y Miguel.

Es a partir del noveno lugar donde no hay acuerdo. Por mi parte, entiendo que el noveno puesto en la sucesión a la Corona de España lo ocupa la Infanta doña Pilar de Borbón, hermana de su Majestad el Rey, seguida por sus cinco hijos<sup>13</sup> y a continuación la Infanta doña Margarita de Borbón, segunda hermana del Rey, seguida por sus dos hijos<sup>14</sup>. Según otras opiniones que no comparto, las Infantas doña Pilar y doña Margarita estarían excluidas por sí y sus descendientes del orden de sucesión por haber contraído matrimonios *desiguales* en su momento, ocupando el noveno puesto en el orden de sucesión el Infante Don Carlos de Borbón Dos Sicilias, primo del actual Rey Don Juan Carlos<sup>15</sup> seguido de sus hijos e hijas.

### 3. La igualdad como valor, principio y derecho en la Constitución española de 1978

Creo que puede afirmarse que uno de los elementos definitorios del constitucionalismo actual es la defensa de la igualdad en todos los órdenes. Las iniciales y muy formales reivindicaciones de la igualdad en los primeros Estados organizados en torno a la fórmula de la limitación jurídica del poder y al reconocimiento de los derechos<sup>16</sup> tuvieron también su reflejo en el orden internacional y tempranamente pasaron a los textos internacionales de reconocimiento de derechos humanos<sup>17</sup> en donde han seguido constituyendo un continuo elemento de lucha ya que aunque los logros en este campo sean innegables no puede afirmarse que la igualdad sea hoy por hoy un hecho sólidamente asentado en todos los países y en todos los órdenes.

En España el carácter normativo y garantista de nuestra Constitución es de general aceptación. La proclamación de la fórmula constitutiva del *Estado social y democrático de Derecho* (art. 1.1 CE) obligaba a un reconocimiento de la igualdad coherente no solo con dicha fórmula sino con los principios imperantes en el constitucionalismo de finales del siglo XX. Por un lado, la igualdad ha sido constitucionalizada como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 CE; por otro lado, se ha consagrado la que venimos *denominando igualdad material*, o *igualdad real y efectiva*, en el artículo 9.2 CE; y, en el artículo 14 CE, se ha incorporado el más tradicional principio de *igualdad formal* o *igualdad ante y en la ley*; y, por último, a lo largo del texto constitucional se han recogido manifestaciones concretas derivadas de la cláusula general del artículo 14 CE (así, por ejemplo, la igualdad de los hijos y de las madres, art. 39 CE). La regulación de la igualdad en la Constitución es plural

<sup>12</sup> La página web de la Casa Real española incluye en su información un *árbol genealógico* pero no un *orden de sucesión*.

<sup>13</sup> Simoneta, Juan Filiberto, Bruno, Beltrán y Fernando Gómez-Acebo y de Borbón

<sup>14</sup> María y Alfonso Zurita y de Borbón.

<sup>15</sup> Sobre estos matrimonios puede consultarse: Y. GÓMEZ SÁNCHEZ: “Comentario al apartado 4 del artículo 57 de la Constitución española de 1978”, en *Libro Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Tomo II, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 585 y sigs.

<sup>16</sup> Puede servir de ejemplo, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789.

<sup>17</sup> Preámbulo de la Carta Fundacional de Naciones Unidas; Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 (art. 26) y sus *Protocolos Facultativos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 (art. 7); *Convención sobre los derechos políticos de la mujer* de 1953; *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 18 de diciembre de 1979. España ratificó la Convención el 16 de diciembre de 1983 (BOE, 69, de 21 de marzo de 1984), aunque manifestó una reserva con el siguiente tenor literal: “La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española”.

## DOCTRINA

como hemos señalado pero todos los preceptos constitucionales que la regulan vinculan al legislador y limitan su discrecionalidad a la hora de desarrollar el texto constitucional<sup>18</sup>. Importa especialmente señalar el distinto nivel de garantías que cada uno de los preceptos citados recibe; todos ellos pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad si en el desarrollo de los mismos se vulnera el alcance con el que la Constitución los ha regulado; pero, en lo concerniente a las garantías jurisdiccionales, sólo el artículo 14 CE las recibe a máximo nivel ya que, además de una protección preferente y sumaria previa, ante su presunta vulneración puede acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La igualdad constitucionalizada como valor superior del ordenamiento jurídico representa el compromiso del Estado social y democrático de Derecho en la consecución de este ideal y su consagración en todos los ámbitos de la sociedad. Supone, también, dotar a la igualdad de un fundamento historicista en tanto se presume que se trata de un concepto evolutivo que permitirá una interpretación acorde con las cambiantes circunstancias sociales. Jurídicamente, los valores poseen, como ya dijimos, valor normativo supremo (entre otras, STC 132/89) y permiten fundamentar en ellos un recurso de inconstitucionalidad<sup>19</sup>, pero, sobre todo, proyectan un contenido que permite concretar y, en su caso, resolver casos particulares. El sistema de valores y principios constitucionales obliga a una interpretación de la Constitución y de las leyes que sea acorde con el carácter finalista de dichos valores y principios (STC 18/81).

La Constitución, pues, incorpora un sistema en el que la igualdad es uno de los ejes sobre los que se ha construido y se desvuelve el actual sistema de derechos y libertades. Por este motivo las excepciones al principio de igualdad, como puede ser el caso de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona, resultan en todo caso intrínsecamente contradictorias en el contexto jurídico constitucional y por ello su justificación se ve cuestionada con mucha frecuencia.

También en el ámbito de la protección europea de los derechos y libertades la igualdad ha sido reconocida y tutelada tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>20</sup> (artículo 14)<sup>21</sup>, como en el seno de la Unión Europea donde, desde las iniciales referencias a la igualdad salarial en los Tratados constitutivos, se ha pasado, en el Tratado de Amsterdam, a la consagración del principio de no discriminación y de las medidas de acción positiva. España se encuentra vinculada a esta legislación internacional como miembro tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea. En el primer caso, la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos obliga al Estado español a respetar en su integridad los derechos reconocidos en este Texto internacional en los que se encuentra la igualdad. Bien es cierto que la igualdad regulada en el citado artículo 14 del Convenio Europeo tiene carácter relacional y por ello solo puede aplicarse en relación con cualquiera de los demás derechos expresamente contenidos en el Convenio. Conforme a la interpretación que del Convenio viene haciendo el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos no podría pues alegarse vulneración de la igualdad reconocida en este Convenio por la preferencia del hombre sobre la mujer en la sucesión a la Corona (art. 57.1 CE) ya que el derecho de acceso al Trono no es un derecho reconocido en el Convenio. Este argumento fue utilizado por el Tribunal Europeo en la sentencia de 28 de octubre de 1999, que resolvió el recurso interpuesto por cuatro mujeres que reivindicaban su mejor derecho a suceder en los respectivos títulos nobiliarios que sus hermanos varones de menor edad venían ostentando<sup>22</sup>. Todo ello no es óbice, sin embargo, para que este ejemplo sirva como un fundamento más de la importancia de la igualdad en el actual sistema jurídico español.

En este sentido, conviene recordar que el artículo 10.2 CE, establece que las “normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Como sabemos es esta la única cláusula de interpretación que contiene la Constitución española y ha permitido, sin duda, una cierta permeabilidad entre los criterios internacionales en orden a la protección de los derechos y la interpretación que se ha realizado en el orden interno sobre este mismo problema. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha confirmado esta recepción y aplicación de lo preceptuado en el artículo 10.2 CE corriendo así su menor incidencia en la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios.

<sup>18</sup> Matiza esta opinión F. RUBIO LLORENTE en su trabajo “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en REDC, 31 (1991), pág. 10.

<sup>19</sup> DÍAZ REVORIO, F.J.: *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, 1997

<sup>20</sup> España ratificó el Convenio de Roma en 1979 (BOE, núm. 243, de 10 de octubre).

<sup>21</sup> Recordemos, sin embargo, que la igualdad reconocida en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma), tiene carácter relacional, es decir, se aplica y tutela por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tanto la violación afecte a uno de los derechos reconocidos en el Convenio.

<sup>22</sup> Sobre la sucesión en los títulos nobiliarios puede consultarse entre otros: HERNÁNDEZ-GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS, A.: *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la Constitución*, Civitas, 1992.

## DOCTRINA

Sumamente relevante como hemos indicamos anteriormente ha sido la evolución del reconocimiento y de la aplicación del principio de igualdad en el ámbito de la hoy Unión Europea. Los Tratados Constitutivos recogieron inicialmente dos de los derechos reconocidos tanto en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* como en el *Convenio de Roma*, que pasaron a integrarse en las competencias específicas de las instituciones comunitarias: la libertad de circulación y la prohibición de discriminación en relación con la nacionalidad y el sexo.

El *Acta Única*<sup>44</sup>, que es la primera revisión fundamental de los Tratados constitutivos, se compromete a la defensa de los derechos y libertades a través del reconocimiento contenido en las constituciones de los Estados miembros, en el *Convenio de Roma* y en la *Carta Social Europea*<sup>45</sup>. El *Tratado de la Unión Europea* representa, finalmente, un salto cualitativo en materia de derechos y libertades; recoge muchos de los principios de cooperación y desarrollo que habían sostenido el proyecto europeo desde su creación así como normas concretas relativas a derechos y libertades.

Con todo, ha sido el Tratado de Amsterdam (2 de octubre de 1997), el que mayor impulso ha dado a la consolidación, a nivel de Tratado, del principio de igualdad, de la prohibición de discriminación y de las medidas de acción positiva.

Las iniciales referencias a la igualdad de oportunidades en el trabajo entre hombres y mujeres se completa en el *Tratado de Amsterdam* por la redacción dada al artículo 119 con relación al principio de igualdad. Sin embargo, quizá sea la redacción dada al apartado 4 del artículo 119 que comentamos el que posea mayor potencial para implantar una igualdad real entre los hombres y las mujeres, ya que en él se incorpora la cláusula habilitadora para la aplicación o mantenimiento por los Estados nacionales de medidas de *acción positiva*. Establece dicho apartado: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Hasta la reforma operada con ocasión de la aprobación del *Tratado de Amsterdam*, las referencias a la igualdad, en concreto a la igualdad salarial eran las contenidas en el artículo 119 originario, que, sin embargo, ha permitido un cierto desarrollo de dicho principio a través de normas de derecho derivado que, en ocasiones, han interpretado extensivamente la igualdad tal y como era contemplada inicialmente en el mencionado artículo 119. La nueva redacción dada a este principio en el *Tratado de Amsterdam* supone, como ha señalado T. Freixes, la elevación a nivel de Tratado de lo que hasta ahora se había regulado mediante normas de derecho derivado, lo cual ha generado una nueva y más significativa posición del principio de igualdad en el marco de la Unión Europea<sup>23</sup>. Esta evolución muestra la importancia que la igualdad posee en el marco del Derecho comunitario de aplicación directa en los Estados miembros y también el *efecto expansivo* que este ordenamiento europeo tiene ya en la actualidad y consolidará en los próximos años en los países miembros.

En este sentido no podemos dejar de mencionar la elaboración e incorporación al proyecto de Constitución europea de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>24</sup>. La *igualdad* ha recibido una amplia regulación en la Carta de Derechos en la que se dedica todo el Capítulo III a regular sus diversos aspectos de la misma. Así el artículo 20, recoge el clásico principio de igualdad ante la Ley, mientras que el artículo 21 consagra el principio de no discriminación<sup>25</sup>, aunque es, específicamente, el artículo 23 de la Carta el que regula con detalle la igualdad entre hombres y mujeres, garantizándola en todos los ámbitos. El párrafo segundo de este precepto incorpora la posibilidad de que se establezcan medidas que acción positiva en favor del sexo menos representado<sup>26</sup>. Como sabe-

<sup>44</sup> El *Acta Única Europea* fue firmada en Luxemburgo y La Haya el 17 y 28 de febrero de 1986 (entró en vigor el 1 de enero de 1987) y se incorpora a los Tratados constitutivos de la Comunidad.

<sup>45</sup> El Preámbulo del Acta Única proclama el compromiso de promover “la democracia basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, especialmente la libertad, la igualdad y la justicia social”

<sup>23</sup> FREIXES SANJUAN, T.: “La igualdad entre las mujeres y los hombres, la no discriminación y las medidas de acción positiva en el Derecho internacional y Comunitario”, Ponencia presentada al Congreso *Hacia una democracia paritaria*, Toledo, 8 y 9 de mayo de 1999.

<sup>24</sup> Como es sobradamente conocido, el Consejo Europeo de Colonia, celebrado el 3 y el 4 de junio de 1999, adoptó una *Decisión* (anexo IV, Conclusiones de la Presidencia), relativa a la elaboración de una *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* que se aprobó definitivamente en el otoño de 2000 y fue proclamada formalmente en el Consejo Europeo de Niza (diciembre 2000).

<sup>25</sup> El artículo 20 reconoce: “Igualdad ante la ley”. Todas las personas son iguales ante la ley. Por su parte, el artículo 21 establece: 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

<sup>26</sup> Dice el artículo 23. “Igualdad entre hombres y mujeres. La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

## DOCTRINA

mos, sin embargo, la Carta no tiene en el momento actual valor jurídico vinculante para los Estados miembros de la Unión aunque es, sin duda, un referente muy sólido acerca de cuál debe de ser el camino a seguir en el seno de la Unión Europea y su inserción en el Proyecto de Constitución permitirá su vigencia efectiva en un futuro seguramente cercano. Inicialmente esta vigencia se circunscribirá al ámbito del Derecho comunitario pero, como antes ya hemos señalado, resulta innegable que ejercerá una influencia notable en el resto del ordenamiento jurídico.

Aunque el breve análisis anterior nos lleve a concluir sobre la inexistencia de una norma que cuestione la pervivencia de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona, creemos que sí resulta evidente la posición central de la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico ya que tanto la Constitución y sus normas de desarrollo como los Convenios y Tratados internacionales y el Derecho comunitario derivado hacen de la igualdad un elemento estructural en la configuración y ejercicio de los derechos y libertades. Esta posición central de la igualdad avalan la conveniencia de suprimir una diferenciación que si en todo momento resultó inadecuada es hoy anacrónica y profundamente contraria a los valores y principios sobre los que se organizan los ordenamientos jurídicos democráticos.

#### 4. La posible inconstitucionalidad de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden de sucesión español

En los siguientes años a la aprobación de la Constitución de 1978 que consagró en España la preferencia del varón sobre la mujer en el orden de sucesión a la Corona ya tuve oportunidad de pronunciarme sobre una tesis que defendía la inconstitucionalidad de la norma constitucional que consagraba dicha preferencia en el artículo 57.1 CE<sup>27</sup>. Esta tesis se basaba en la doctrina<sup>28</sup> y la jurisprudencia alemanas<sup>29</sup> que habían defendido la posibilidad de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, es decir, de normas que rompían la unidad interna del texto constitucional.

La tesis de la posible inconstitucionalidad de una norma inserta en el propio texto constitucional implica que aunque una norma se encuentre en la Constitución ello no impediría que fuera nula si contraviniera principios constitucionales fundamentales, informadores de todo el ordenamiento jurídico y por ello preeminentes incluso respecto a normas constitucionales concretas<sup>30</sup>. A pesar de poseer lógica interna esta tesis presenta, sin duda, el inconveniente de precisar una graduación de las normas y principios constitucionales conforme a criterios ajenos al Derecho positivo y aunque en el tema de la igualdad entre hombres y mujeres la conclusión favorable a la equiparación se deduce sin dificultad es cierto sin embargo que la generalización de la tesis de la inconstitucionalidad de normas constitucionales resulta muy difícil. Por este motivo, creo que sin negar el valor interpretativo de la tesis que comento resulta jurídicamente más viable acudir a otros procedimientos jurídicos para lograr dicha igualdad como puede ser el de la reforma constitucional sobre la que trataré a continuación.

#### 5. La reforma constitucional de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden de sucesión a la Corona

Según lo que hemos expuesto en páginas anteriores creo que puede concluirse que en la actualidad la preferencia del varón sobre la mujer en orden sucesorio contradice los valores y principios que sostienen nuestro ordenamiento jurídico, excepciona varios preceptos constitucionales que proclaman la igualdad entre hombres y mujeres; es ajena igualmente al reconocimiento internacional y, específicamente, comunitario del principio de igualdad que persigue la efectiva equiparación de derechos de hombres y mujeres y es igualmente una norma ya minoritaria incluso en la regulación que sobre este problema han adoptado en los últimos años otras Monarquías democráticas en Europa.

La Corona es hoy un órgano constitucional y carece de sentido jurídico que no quede imbricada en el principio constitucional de igualdad amparándose en una excepción -jurídicamente aceptable pues se encuentra en la propia Constitución- pero que, como hemos señalado, excepciona sin necesidad la regla general de igualdad entre hombres y mujeres. Esta situación resulta además perjudicial para la institución ya que si bien pueden aceptarse otros principios inherentes a la Monarquía hereditaria (el propio principio de primogenitura, por

27 MELLADO PRADO, P. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: "En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978", RDP, núm. 22 (1986), págs. 175 y sigs.

28 Así en la obra de BACHOF, O.: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Tübingen, 1951.

29 DIETZE, G., estudió el problema de la posible inconstitucionalidad de normas constitucionales a través de la jurisprudencia de los Tribunales alemanes en su obra: "Unconstitutional constitutional norms? Constitutional development in postwar Germany", en *Virginia Law Review*, núm. 1, vol. 42 (1956).

30 Puede consultarse por extenso esta argumentación jurídica en el trabajo ya citado: MELLADO PRADO, P. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: "En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978", ob. cit., págs. 177 y sigs.

## DOCTRINA

ejemplo) resulta incomprensible la postergación de la mujer en la sucesión que muestra una injusta valoración de ésta como si, en realidad, lo óptimo fuera contar con un príncipe y sólo cuando tal cosa no es posible dentro del mismo grado línea debe aceptarse la sucesión en el Trono de una mujer. Aun a pesar del tiempo transcurrido no podemos dejar de recordar las palabras del senador Villar Arregui, pronunciadas durante los debates constituyentes en el Senado relativos al hoy apartado 1 del artículo 57 de la Constitución. Decía entonces el senador Villar Arregui: *"... en 1978, a través de sus legítimos representantes, el pueblo español ha puesto particular énfasis en romper cualquier clase de discriminación, singularmente las discriminaciones atinentes al sexo (...) si hace muchos siglos la Ley Sálica impedía a la mujer gobernar, hace ya mucho tiempo que, aunque la mujer no pudiera reinar, podía transmitir derechos. Posteriormente se dio preferencia al varón sobre la mujer. La alternativa ante la que la Comisión se encuentra ahora es la de ser o no ser coherente con el principio de no discriminación por razón de sexo a la hora de determinar si la mujer es apta para asumir la suprema magistratura del Estado ... o si esa aptitud, en virtud no se sabe de qué carismas, queda reservada exclusivamente a favor de los varones..."*. No había en 1978 ninguna razón para consagrar la preferencia del varón sobre la mujer a la que venimos refiriéndonos. Los más de veinticinco años transcurridos desde entonces no han hecho sino confirmar aquella opinión y hacer que con el paso del tiempo dicha diferenciación resulte todavía más rechazable.

Esta situación debe, por tanto, modificarse. El procedimiento jurídico es el de la reforma constitucional. Como sabemos el artículo 168.1 CE acota las materias que deben ser, en su caso, objeto de reforma mediante el procedimiento agravado; procedimiento jurídica y políticamente muy laborioso pues como sabemos requiere la disolución de las Cortes y la inmediata convocatoria de elecciones para que las nuevas Cámaras se pronuncien sobre la propuesta de reforma ya aprobada por las anteriores. El Título II de la Constitución -De la Corona- queda sujeto a este reforzado procedimiento de reforma constitucional lo cual seguramente ha influido para que hasta la fecha no se haya abordado dicha reforma aun siendo desde hace años muy necesaria. Siendo ahora inminente el matrimonio del príncipe Heredero el tema de la reforma constitucional ha vuelto a cobrar actualidad ante la previsible llegada de la descendencia del Príncipe de Asturias. En mi opinión, la reforma debería haberse abordado hace años, mucho antes del matrimonio del Príncipe ya que en estos momentos es posible que no pueda llevarse a cabo antes de que nazca un sucesor del propio Príncipe.

El actual Gobierno socialista ya anunció durante la campaña electoral (primavera, 2004) su intención de promover la reforma del artículo 57.1 CE para eliminar la preferencia del varón sobre la mujer en el orden sucesorio y, en las primeras manifestaciones tras su toma de posesión, el Presidente J.L. Rodríguez Zapatero ha confirmado la intención del Gobierno de acometer dicha reforma constitucional. Cosa distinta es la elección del momento más adecuado para iniciar dicha reforma. Estimo que no será inminente por razones jurídicas y políticas; presumiblemente se estudiará esta reforma junto con otras -por ejemplo la del Senado- y se abordarán más avanzada la legislatura (2004-2008) aunque los procedimientos que deben aplicarse son distintos en estos dos casos (agravada para la reforma del artículo 57.1 y ordinaria para la reforma del artículo 69 CE). Si así sucede, puede darse el caso de que el Príncipe Heredero y la que ya será su esposa, doña Letizia Ortiz Rocasolano, hayan tenido descendencia: Si su primer hijo es mujer pasaría inmediatamente a ocupar el segundo puesto en la línea de sucesión desplazando a su tía, la Infanta doña Elena al tercer puesto y así sucesivamente al resto de los llamados a la sucesión. Pero si la reforma se retrasa y el Príncipe de Asturias tiene dos hijos, una niña y un niño respectivamente, sería éste el que durante un tiempo ocuparía el segundo lugar en el orden de sucesión pasando a ser el tercero si la reforma constitucional se llegara a producir con efectos sobre esa generación. Todo ello hace que resulte necesario abordar con prontitud dicha reforma y suprimir la diferenciación contenida en el apartado primero del artículo 57 CE estableciendo la igualdad en el mismo grado y línea del hombre y de la mujer en la sucesión a la Corona. La más alta magistratura del Estado a la que la propia Constitución encomienda la representación del mismo no debe mantener una diferenciación de esta naturaleza que pone en cuestión la lucha por la igualdad en la que están involucrados un amplio número de países entre los que se encuentra España y millones de personas en todo el mundo.

## LEGISLACIÓN

**LEY 18/2003, DE 29 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE APRUEBAN MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA. CAPÍTULO VIII: IMPACTO DE GÉNERO (ARTÍCULO 139) Y PARIDAD EN LOS CARGOS (ARTÍCULO 140)<sup>31</sup>.**

/.../

## CAPÍTULO VIII

## Medidas en materia de género

**Artículo 139.** *Informe de evaluación de impacto de género.*

1. Todos los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno deberán tener en cuenta de forma efectiva el objetivo de la igualdad por razón del género, y del respeto a los derechos de los niños según la Convención de los Derechos del Niño. A tal fin, en la tramitación de las citadas disposiciones, deberá emitirse un informe de evaluación del impacto por razón de género del contenido de las mismas.

2. A los efectos de garantizar que el Presupuesto de la Comunidad Autónoma sea elemento activo de lo establecido en el punto 1, se constituirá una Comisión dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda con participación del Instituto Andaluz de la Mujer, que emitirá el informe de evaluación sobre el citado proyecto.

Dicha Comisión impulsará y fomentará la preparación de anteproyectos con perspectiva de género en las diversas Consejerías y la realización de auditorías de género en las Consejerías, empresas y organismos de la Junta de Andalucía.

3. En el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Consejo de Gobierno aprobará las normas de desarrollo que regularán dicho informe.

**Artículo 140.** *Composición paritaria de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía.*

1. En la creación de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía deberá contemplarse una composición con participación paritaria de mujeres y hombres. Este mismo criterio de composición deberá observarse con motivo de la modificación o renovación de dichos órganos.

2. A tal efecto, ambos sexos estarán representados en, al menos, un 40 por 100 de los miembros en cada caso designados. De este cómputo se excluirán aquellos que formen parte en función del cargo específico que desempeñen.

3. Cada una de las instituciones, organizaciones y entidades que designen o propongan representantes deberán tener en cuenta el porcentaje señalado en el apartado anterior.

/.../

**DECRETO 93/2004, DE 9 DE MARZO, DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA POR EL QUE SE REGULA EL INFORME DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO EN LOS PROYECTOS DE LEY Y REGLAMENTOS QUE APRUEBE EL CONSEJO DE GOBIERNO<sup>32</sup>**

En el mes de febrero de 1996, la Comisión Europea aprobó la Comunicación «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias» para el cumplimiento del compromiso recogido en la Plataforma de Acción aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín, 1995.

En ella queda definido el principio de Transversalidad como una actuación necesaria a implementar por los Estados Miembros dirigida a integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas generales. Es decir, no limitar los esfuerzos de promoción de la igualdad a la ejecución de medidas específicas a favor de las mujeres (políticas de acción

<sup>31</sup> Publicada en el BOJA núm. 251, de 31 de diciembre de 2003. Se reproduce parcialmente.

<sup>32</sup> BOJA, de 12 de marzo de 2004.

## LEGISLACIÓN

positiva) sino actuar de forma transversal en todas las acciones y políticas generales.

Con la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Amsterdam, se formaliza el objetivo marcado explícitamente de que todas las actividades de la Unión Europea deben dirigirse a eliminar las desigualdades y a promover la igualdad entre hombres y mujeres (artículos 2 y 3).

Este compromiso comunitario, así como el imperativo legal de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo que propugna nuestra Constitución en su artículo 14, y el propio Estatuto de Autonomía para Andalucía en su artículo 12.1 de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, ha llevado al Gobierno Andaluz a considerar la necesidad de que todas las medidas legislativas y reglamentarias que apruebe tengan en consideración su repercusión en los hombres y mujeres, teniendo dicho compromiso plasmación concreta en la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, en cuyo artículo 139.1 se establece la obligatoriedad de incluir en la tramitación de los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno un informe de evaluación del impacto por razón de género. El presente Decreto da respuesta al mandato establecido en el artículo 139.3 de dicha

Ley. En su virtud, a propuesta del Consejero de la Presidencia, al amparo de las atribuciones conferidas por el artículo 39.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 9 de marzo de 2004.

## DISPONGO

**Artículo 1.** Objeto.

El objeto del presente Decreto es regular el informe de evaluación del impacto por razón de género previsto en el artículo 139.1 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, teniendo como finalidad que los proyectos de ley y reglamentos cuya aprobación corresponda al Consejo de Gobierno tengan en cuenta de forma efectiva la igualdad por razón de género.

**Artículo 2.** Ámbito de actuación.

El cumplimiento de lo dispuesto en la presente norma afectará a todos los proyectos de ley y reglamentos cuya aprobación corresponda al Consejo de Gobierno.

**Artículo 3.** Órgano competente para la emisión del informe de evaluación del impacto de género.

1. La emisión del informe de evaluación del impacto de género corresponderá al centro directivo competente para la iniciación del procedimiento de elaboración de la disposición de que se trate.
2. El informe de evaluación del impacto de género se acompañará al acuerdo de iniciación del procedimiento de elaboración de la disposición.

**Artículo 4.** Contenido del informe.

El informe de evaluación del impacto de género deberá describir, al menos, las diferencias existentes entre las mujeres y hombres en el ámbito de actuación de las medidas que se pretenden regular en la disposición de que se trate, incluyendo los datos, desagregados por sexos, recogidos en estadísticas oficiales, así como el análisis del impacto potencial que la aprobación de dichas medidas producirá entre las mujeres y hombres a quienes van dirigidas.

**Artículo 5.** Remisión del informe al Instituto Andaluz de la Mujer.

1. Una vez emitido el informe de evaluación del impacto de género se remitirá, junto al proyecto de disposición de que se trate, al Instituto Andaluz de la Mujer, quien, en el plazo de diez días, podrá realizar las observaciones que estime oportunas.
2. El trámite de remisión del informe al Instituto Andaluz de la Mujer se realizará, en todo caso, previamente a que se someta el proyecto de la disposición a la Comisión General de Viceconsejeros.

**Disposición final primera.** Desarrollo y ejecución.

Se faculta al titular de la Consejería a la que esté adscrito el Instituto Andaluz de la Mujer para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo previsto en el presente Decreto.

**Disposición final segunda.** Entrada en vigor.

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

Sevilla, 9 de marzo de 2004

MANUEL CHAVES GONZALEZ  
Presidente de la Junta de Andalucía

GASPAR ZARRIAS AREVALO  
Consejero de la Presidencia

## LEGISLACIÓN

### 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.

La ley 18/2003, de 29 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, regula en sus artículos 139 y 140 dos medidas de extraordinaria trascendencia para el avance en la igualdad de las mujeres.

La primera se refiere al informe preceptivo de evaluación del impacto de género, en todos los proyectos de ley o reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y la segunda a la composición paritaria de los órganos consultivos y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía.

Con estas medidas, tituladas por la propia ley “en materia de género”, se pretende según dice la Exposición de Motivos de la ley, “avanzar en la consecución de la igualdad real y efectiva entre las mujeres y los hombres, eliminar cualquier forma de discriminación y fomentar la participación de las mismas en la vida política, económica, cultural y social, dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el marco de lo dispuesto en los artículos 9 y 14 de la Constitución y 12 del Estatuto de Autonomía para Andalucía”.

#### Art. 140 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Este artículo obliga directamente, como norma jurídica de aplicación, a componer los órganos consultivos y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía de forma paritaria. 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 más 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. La filosofía política que inspira la medida es claramente paritaria por lo tanto, y de hecho algunos comisiones designadas por algunas Consejerías, ya de forma voluntaria habían observado esa paridad, como la

Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitarias creada en la Consejería de Salud, en la que se supo combinar de forma equilibrada en un porcentaje totalmente paritario a hombres y mujeres.

Para dejar sentada la clara voluntad política del legislador autonómico, se acentúa la obligación de que se extienda además la paridad “a la modificación o renovación de dichos órganos”, lo que sin duda evita la tendencia inercial a dejar para luego algunas de las decisiones relacionadas con el acceso de la mujer a la vida pública.

#### El Decreto 93/2004, de 9 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación del impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno.

El art. 139, al regular el informe del impacto de género en las leyes y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno, previó ya en su pf. 3º que éste aprobaría las normas de desarrollo que habrían de regular dicho informe. Y en cumplimiento de ese mandato legislativo, y dentro del plazo de los seis meses previstos, publica un Decreto por el que se establece el procedimiento de evaluación de las medidas de transversalidad (mainstreaming) e impacto, de forma clara y efectiva.

La regulación de esa evaluación de impacto no solamente conlleva la exigencia de un informe que acompañará prescriptivamente la iniciación del procedimiento de elaboración de cada disposición, sino que contiene una garantía importantísima de control atribuida competencialmente al Instituto Andaluz de la Mujer, como organismo especializado en el conocimiento de los problemas derivados del género.

De esta forma, se garantiza perfectamente que el impacto de género sea una realidad en la normativa jurídica de Andalucía, a diferencia del resto de los ordenamientos nacionales y autonómicos, en los que solamente se ha expresado una voluntad de que las leyes contengan la evaluación de impacto, pero sin regular como llevar a cabo ese proceso, los criterios de aplicación a esas valoraciones, y el control de que se están llevando a cabo con criterios de solvencia desde el punto de vista del género, y no son meras afirmaciones dialécticas tendentes a posturas estéticas en relación con los problemas de integración social y política de las mujeres.

Finalmente, y para no dejar nada suelto en esta exigencia garantista que el propio Decreto se impone, se prevé en una Disposición final, que el Instituto de la

## LEGISLACIÓN

Mujer, a través de la Consejería de que dependa, pueda dictar disposiciones de desarrollo y ejecución de este decreto. Se cierra así por tanto toda posibilidad de entender el “mainstreaming” en el ordenamiento jurídico de Andalucía como un gesto, y por el contrario estamos ante normas jurídicas de plena normatividad tanto en su estructura formal, como en las previsiones contenidas en ellas. A partir de este momento, cualquier legislación que se produzca en el ámbito competencial de nuestra Comunidad Autónoma, tendrá que tener en cuenta el efecto que va a producir en el avance de las mujeres hacia la igualdad. Lo que equivale a afirmar ya que no es posible el retro-

ceso legislativo para la mujer, y que por lo tanto cualquier medida que se produzca en cualquier norma jurídica tiene garantizado el test de igualdad. Como además, está previsto que ese informe lo revise y objete el Instituto de la Mujer de Andalucía, no cabe temer que se puedan tergiversar, como a veces también ocurre en algunos escenarios políticos, los intereses de las mujeres decidiendo otros lo mejor para nosotras, sino que está garantizado que los intereses que se defiendan sean los que deciden las propias mujeres. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

## LEY ORGANICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CODIGO PENAL<sup>33</sup>.

/.../

**Sexto.** Se modifica el artículo 39, que queda redactado como sigue:

«Son penas privativas de derechos:

- a) La inhabilitación absoluta.
- b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
- c) La suspensión de empleo o cargo público.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- i) Los trabajos en beneficio de la comunidad.»

**Séptimo.** Se modifica el artículo 40, que queda redactado como sigue:

«1. La pena de inhabilitación absoluta tendrá una

duración de seis a veinte años; las de inhabilitación especial, de tres meses a veinte años, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años.

2. La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, tendrán una duración de tres meses a diez años.
3. La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos tendrá una duración de hasta diez años. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a diez años.
4. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año.
5. La duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código.»

/.../

**Artículo décimo.** Se modifica el artículo 48, que queda redactado como sigue:

“1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

<sup>33</sup> BOE núm. 283, de 26 de noviembre. Se publica parcialmente.

## LEGISLACIÓN

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.”

/.../

**Decimoséptimo.** Se modifica el artículo 57, que queda redactado como sigue:

«1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge,

o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.»

/.../

**Trigésimo octavo.** Se modifica el artículo 96, que queda redactado como sigue:

«1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

- 1.<sup>a</sup> El internamiento en centro psiquiátrico.
- 2.<sup>a</sup> El internamiento en centro de deshabitación.
- 3.<sup>a</sup> El internamiento en centro educativo especial.

3. Son medidas no privativas de libertad:

- 1.<sup>a</sup> La inhabilitación profesional.
- 2.<sup>a</sup> La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.
- 3.<sup>a</sup> La obligación de residir en un lugar determinado.
- 4.<sup>a</sup> La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.
- 5.<sup>a</sup> La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.
- 6.<sup>a</sup> La custodia familiar. El sometido a esta medida

## LEGISLACIÓN

quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

- 7.<sup>a</sup> La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- 8.<sup>a</sup> La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- 9.<sup>a</sup> La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- 10.<sup>a</sup> La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- 11.<sup>a</sup> La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.
- 12.<sup>a</sup> El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.»

/.../

**Sexagésimo tercero.** Se modifica el artículo 179, que queda redactado como sigue:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años.»

**Sexagésimo cuarto.** Se modifica el apartado 1 del artículo 182, que queda redactado como sigue:

«1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.»

**Sexagésimo quinto.** Se modifica el apartado 2 del artículo 183, que queda redactado como sigue:

«2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.<sup>a</sup>, o la 4.<sup>a</sup>, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.»

**Sexagésimo sexto.** Se modifica el artículo 184, que queda redactado como sigue:

- «1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.
2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses.
3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.»

/.../

**Septuagésimo quinto.** Se modifica el apartado 1 del artículo 226, que queda redactado como sigue:

«1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.»

**Septuagésimo sexto.** Se modifica el apartado 1 del artículo 227, que queda redactado como sigue:

«1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filia-

## LEGISLACIÓN

ción, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.»

/.../

*Centesimo septuagésimo.* Se modifica el artículo 618, que queda redactado como sigue:

«1. Serán castigados con la pena de localización permanente de seis a doce días o multa de doce a veinticuatro días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presenten a la autoridad o a su familia o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran.

2. El que incumpliera obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de diez días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.»

### COMENTARIO A LA LEY ORGÁNICA 15/2003 DE REFORMA DEL CODIGO PENAL

La presente Ley de reforma del Código penal constituye la novedad más importante en relación con la legislación penal española desde la aprobación del Código penal de 1995, tanto por la extensión de los preceptos afectados, como por la diversidad de materias y la profundidad de muchas de sus modificaciones.

En relación al problema de género cabe destacar la modificación relativa al sistema de sanciones penales, en la Parte General del Código. En primer lugar, se establecen por separado las tres modalidades existentes de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, con el fin de que el juez o tribunal pueda imponer la que sea más acorde a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas. Se establece

incluso la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, hasta el total cumplimiento de la pena. Otra novedad del artículo 48 es la relativa a la forma de controlar el cumplimiento efectivo de estas medidas, aludiéndose de forma genérica a determinados medios electrónicos.

En segundo lugar, se amplía la duración máxima de estas penas, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión, evitando de este modo el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o incluso una vez transcurrido su cumplimiento. Esta misma reforma se hace en la regulación correspondiente a las medidas de seguridad no privativas de libertad.

En cuanto a las modificaciones ocasionadas en la Parte Especial del Código, es necesario hacer un alto en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Tras la reforma de 2003 se va a considerar agresión o abuso la introducción de cualquier miembro corporal por vía vaginal o anal. Con ello se amplía la modalidad de penetración no sólo a la introducción del órgano genital masculino sino también a la de cualquier otro miembro corporal (p.e. dedos, lengua, etc.) Con ello se suprime la contradicción valorativa existente hasta ahora, ya que a raíz de la presente reforma tanto la “felatio” conseguida con violencia o intimidación, como su equivalente, el “cunnilinguus” practicado en un contexto lésbico, podrán ser castigados por los tipos agravados correspondientes.

Por último, se modifican las penas del delito de acoso sexual y de los delitos relativos al incumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos. Si anteriormente se penalizaban todas estas conductas con penas privativas de libertad de cumplimiento interrumpido como la de arresto de fin de semana, la reforma de 2003 ha procedido a su supresión. En su lugar nos encontramos con penas de prisión de corta duración. La mayor novedad se produce con la incorporación de una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad relativas al incumplimiento de cualquier tipo de obligación familiar, no sólo de aquellas que tengan un contenido económico. (ANA ISABEL CERESO. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga).

## LEGISLACIÓN

**REAL DECRETO 355/2004, DE 5 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL REGISTRO CENTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA<sup>34</sup>.**

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo instrumento de protección frente a las infracciones penales cometidas en el entorno familiar, que se caracteriza, como expresa su exposición de motivos, por unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela, de manera que «a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal», y permita a las distintas Administraciones públicas activar los distintos instrumentos de tutela.

El nuevo artículo 544 ter introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 27/2003, de 31 de julio, contempla en su apartado 10 la inscripción de la orden de protección en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, a cuyo fin la disposición adicional primera de la Ley 27/2003, de 31 de julio, establece que «el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, así como el régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en aquél, asegurando en todo caso su confidencialidad». La efectividad de las medidas cautelares que se integran en la nueva orden de protección resulta facilitada a través de la existencia de un único registro central, en el que conste la referencia de todas aquellas penas y medidas de seguridad acordadas en sentencia, así como las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación frente a un mismo inculpado por este tipo de infracciones, ya hayan sido dictadas para la protección física de la víctima contra agresiones o para regular la situación jurídica familiar o paterno-familiar que relaciona a la víctima con el presunto agresor.

Con esta finalidad, este real decreto regula la organización y contenido del Registro central para la protec-

ción de las víctimas de la violencia doméstica, así como los procedimientos de inscripción, cancelación y consulta. En este aspecto, debe tenerse en cuenta que el tratamiento de datos se sistematiza a través de una inicial diferenciación de las medidas de protección, según hayan sido éstas acordadas de forma cautelar en un procedimiento penal en tramitación o en sentencia firme, dado que su régimen jurídico es distinto en uno y otro caso. Respecto de las primeras, la anotación de una medida cautelar o de una orden de protección requiere el tratamiento de la información del correspondiente procedimiento penal de referencia, ya que de su pendencia deriva, en definitiva, la propia subsistencia de la medida acordada. Respecto de las segundas, la necesidad de asegurar una exacta correspondencia entre la nueva información que se inscriba en el Registro central de penados y rebeldes y los datos del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica aboga por la solución de unificar el sistema de inscripción y cancelación a través de la remisión telemática de notas de condena desde el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica hacia el Registro central de penados y rebeldes.

En ambos casos, se encomienda al secretario judicial, en su condición de fedatario público de las actuaciones judiciales, la esencial función de comunicar la información que haya de inscribirse en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, aportando de esta manera la máxima solvencia jurídica y confidencialidad al contenido del registro y garantizando los derechos de los ciudadanos y de las víctimas del delito. Asimismo se regula en este real decreto, mediante una disposición adicional, el sistema de comunicación por los secretarios judiciales de los correspondientes órganos judiciales a las Administraciones públicas competentes en materia de protección social, que prevé el apartado 8 del citado artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, con la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y

<sup>34</sup> BOE núm. 73, de 25 marzo 2004. Páginas 12937-12940. Se publica parcialmente, sin anexos.

## LEGISLACIÓN

previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 5 de marzo de 2004,

## DISPONGO:

**Artículo 1.** Objeto.

Este Real Decreto tiene por objeto crear y regular la organización del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, previsto en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y el régimen de anotación, consulta y cancelación de los datos contenidos en aquél.

**Artículo 2.** Naturaleza y organización del registro.

1. El Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica constituye un sistema de información relativo a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta y medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal.
2. La finalidad exclusiva del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica es facilitar a los órganos judiciales del orden penal, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos judiciales del orden civil que conozcan de los procedimientos de familia la información precisa para la tramitación de causas penales y civiles, así como para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de medidas de protección de dichas víctimas.
3. El Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica abarca todo el territorio nacional y su gestión corresponde a la Secretaría de Estado de Justicia, a través de la Dirección General para la Modernización de la Administración de Justicia.
4. Los derechos de acceso, rectificación y cancelación, así como las medidas de seguridad de los datos contenidos en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y por sus disposiciones complementarias.

**Artículo 3.** Encargado del registro y de las medidas de seguridad.

1. El encargado del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, adscrito a la Dirección General para la Modernización de la Administración de Justicia, será responsable de su control, organización y gestión. Adoptará las medi-

das necesarias para asegurar la agilidad en la transmisión de la información regulada en el artículo siguiente, así como la integridad, confidencialidad y accesibilidad de los datos contenidos en el Registro central.

2. El encargado del Registro central asumirá las funciones de anotación y verificación de la información telemática remitida, y garantizará, con plena eficacia jurídica, la autenticidad e integridad de los datos.

**Artículo 4.** Información contenida en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

1. En el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se anotarán los datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta y las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, siempre que hubieran sido adoptadas por los jueces y tribunales de la jurisdicción penal en causas seguidas contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal.
2. Las anotaciones en el Registro central relativas a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia declarada firme por alguna de las causas penales referidas en el apartado anterior expresarán los siguientes datos:
  - a) Órgano judicial que dictó la sentencia, fecha de ésta, tipo de procedimiento y número de identificación general del procedimiento (NIG).
  - b) Órgano judicial que declara la firmeza de la sentencia, fecha de ésta y número de la causa ejecutoria.
  - c) Nombre y domicilios del condenado, filiación, fecha de nacimiento y número del documento nacional de identidad, número de identificación de extranjero, tarjeta de residencia o pasaporte.
  - d) Nombre y domicilios de la víctima, filiación, fecha de nacimiento y número del documento nacional de identidad, número de identificación de extranjero, tarjeta de residencia o pasaporte, y relación con el condenado.
  - e) Delito y/o falta cometidos.
  - f) Pena principal o accesoria impuesta, su duración o cuantía, medidas acordadas y su duración.
  - g) La sustitución de la pena que hubiera podido acordarse en sentencia o auto firmes, con expresión de la pena o medida sustitutiva impuesta.
  - h) La suspensión de la ejecución de la pena que hubiera podido acordarse, con expresión del plazo, y de las obligaciones o deberes que en su caso se acuerden.

## LEGISLACIÓN

3. Las anotaciones en el Registro central relativas a procedimientos en tramitación y las medidas cautelares u órdenes de protección dictadas por alguna de las causas referidas en el apartado 1 contendrán la siguiente información:
- Órgano judicial ante el que se tramita, tipo de procedimiento, delito o falta objeto del procedimiento, fecha del auto de incoación o de la resolución de reapertura y número de identificación general del procedimiento (NIG).
  - Nombre y domicilios del imputado, filiación, fecha de nacimiento y número del documento nacional de identidad, número de identificación de extranjero, tarjeta de residencia o pasaporte.
  - Nombre y domicilios de la víctima, filiación, fecha de nacimiento y número del documento nacional de identidad, número de identificación de extranjero, tarjeta de residencia o pasaporte y relación con el imputado.
  - Orden de protección o medida cautelar acordada, fecha de adopción, medidas civiles y penales que comprende la orden de protección, con expresión, en su caso, de su contenido, ámbito y duración.
  - Fecha de sentencia dictada, cuando ésta no sea firme, con expresión en su caso de los delitos o faltas declarados, penas o medidas de seguridad impuestas y su duración o cuantía.

**Artículo 5.** Comunicación al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica de datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia firme.

- Los secretarios judiciales remitirán para su anotación al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, dentro del plazo de 24 horas posteriores a la declaración de firmeza de la correspondiente sentencia, el modelo telemático de nota de condena expresado en el anexo I. a). Asimismo, para facilitar la inmediata comunicación a la Policía Judicial de las penas y medidas de seguridad impuestas a los efectos de su ejecución y seguimiento, los secretarios judiciales remitirán simultáneamente a la Policía Judicial copia impresa del modelo telemático de nota de condena.
- El Encargado del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica comunicará de oficio al Registro central de penados y rebeldes las sentencias penales firmes dictadas en alguna de las causas penales referidas en el apartado 1 del artículo anterior en la misma fecha en que proceda a su anotación, con expresión de los datos a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.

**Artículo 6.** Comunicación al Registro central de datos relativos a procedimientos penales en tramitación, medidas cautelares y órdenes de protección. Funciones de los secretarios judiciales.

- La comunicación de los datos objeto de anotación en el Registro central relativos a procedimientos penales en tramitación, medidas cautelares y órdenes de protección se realizará por el secretario judicial dentro de las 24 horas siguientes a aquella en que se hubiera dictado alguna de las resoluciones comprendidas en el artículo 4.3.a), d) y e).
  - La transmisión de los datos al Registro central se llevará a cabo telemáticamente por el secretario judicial que corresponda. A tal efecto, la nota telemática establecida por el Ministerio de Justicia como anexo II.a) se cumplimentará bajo la exclusiva responsabilidad de los secretarios judiciales, quienes verificarán la exactitud de su contenido y la transmitirán electrónicamente al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.
- Asimismo, para facilitar la inmediata comunicación a la Policía Judicial de las medidas cautelares y órdenes de protección dictadas a los efectos de su seguimiento, los secretarios judiciales remitirán simultáneamente a la Policía Judicial copia impresa de la nota telemática.
- En todo caso quedará constancia de la identidad del secretario judicial interviniente, así como de la integridad y confidencialidad de los datos transmitidos.

**Artículo 7.** Soporte de la información y régimen de las comunicaciones.

- Los datos estarán contenidos en soportes informáticos apropiados para almacenar y expresar, con garantía jurídica y de modo indubitado, toda la información que ha de constar en el registro, con facilidad de recuperación y garantía de su conservación y transmisión.
- La transmisión de datos al Registro central y el acceso a la información contenida en él se realizarán a través de los procedimientos telemáticos regulados en este real decreto y en las disposiciones administrativas que lo desarrollen.
- No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las circunstancias técnicas impidan la transmisión telemática, la transmisión de los datos al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica podrá realizarse mediante la remisión al encargado del registro de los modelos cumplimentados expresados en los anexos I.b) y II.b). En este caso, la comunicación a la Policía Judicial a que se refieren el artículo 5.1, párrafo segundo, y el artículo 6.2, párrafo segundo, se realizará mediante remisión de copia de estos modelos.

## LEGISLACIÓN

4. Las redes de comunicaciones electrónicas gestionadas por las comunidades autónomas que den soporte a los órganos judiciales de la jurisdicción penal estarán conectadas con el Registro central, en un entorno integrado de red, que garantice la confidencialidad y autenticidad de dichas comunicaciones.

**Artículo 8.** Acceso a la información contenida en el Registro central.

1. Podrán acceder a la información contenida en el Registro central los órganos judiciales del orden penal, el Ministerio Fiscal y los órganos judiciales del orden civil que conozcan de procedimientos de familia, a los efectos de su utilización en los procesos o actuaciones en los que intervengan.

Asimismo, la Policía Judicial podrá acceder a esta información para el desarrollo de las actuaciones que le estén encomendadas en relación con la persecución y seguimiento de las conductas que tienen acceso a este Registro central.

2. El acceso a los datos del Registro central se llevará a cabo telemáticamente por el secretario judicial del correspondiente órgano judicial, por los fiscales integrantes de las distintas fiscalías y por aquellos miembros de la Policía Judicial que se determinen.

En todo caso, quedará constancia de la identidad de las personas que accedan al Registro central, de los datos consultados y del motivo de la consulta.

3. La Administración General del Estado podrá elaborar estadísticas de los datos contenidos en el registro, eludiendo toda referencia personal en la información y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias.

**Artículo 9.** Cancelación de datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia firme. El encargado del Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica procederá a cancelar las anotaciones relativas a sentencias penales condenatorias firmes cuando tenga constancia de la cancelación de los correspondientes antecedentes penales por el Registro central de penados y rebeldes. A estos efectos, el Registro central de penados y rebeldes comunicará de oficio la cancelación de sentencias penales condenatorias firmes dictadas en alguno de los procedimientos a que se refiere el artículo 4.1 en la misma fecha en que proceda a su cancelación.

**Artículo 10.** Cancelación de datos relativos a procedimientos en tramitación, medidas cautelares y órdenes de protección.

1. El encargado del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica procederá a cancelar los datos anotados en relación con un mismo procedimiento penal en tramitación cuando los secretarios judiciales de los correspondientes órganos de la jurisdicción penal comuniquen el auto de archivo o sobreseimiento, o su finalización por sentencia absolutoria.

2. Asimismo, la acumulación de un procedimiento que haya dado lugar a anotación a otro proceso en tramitación y la inhibición en favor de otro juzgado producirán la cancelación cuando el encargado del Registro central verifique la anotación del correspondiente procedimiento de destino.

Del mismo modo, el encargado del Registro central procederá a cancelar los datos relativos a un procedimiento en tramitación cuando conste en el registro la anotación de la correspondiente sentencia condenatoria firme recaída en el procedimiento.

3. El encargado del Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica procederá a cancelar las anotaciones relativas medidas cautelares o de protección, dejando subsistente la inscripción del correspondiente procedimiento penal en tramitación, cuando los secretarios judiciales de los correspondientes órganos de la jurisdicción penal, dentro del plazo establecido en el apartado 1, comuniquen su finalización o pérdida de vigencia por cualquier causa.

En todo caso, la información que se solicite de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 indicará la existencia de medidas cautelares o de protección canceladas, siempre que la anotación del procedimiento en el que se acordó no haya sido cancelada.

4. Respecto de aquellos procedimientos que hayan dado lugar a anotaciones en los que no se haya comunicado modificación alguna durante el plazo establecido en el artículo 131 del Código Penal, el encargado del Registro central se dirigirá al secretario judicial del correspondiente órgano judicial a los efectos de verificar su estado procesal, procediendo a cancelar la anotación cuando así resulte de la comunicación que este le remita.

5. El secretario judicial deberá comunicar al encargado del Registro central de forma inmediata la correspondiente nota relativa a las resoluciones judiciales mencionadas en este artículo una vez sean declaradas firmes.

6. El interesado podrá, en cualquier momento, solicitar al encargado del registro la cancelación o rectificación de los datos anotados en el Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica. En este supuesto, el encargado del registro procederá con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

## LEGISLACIÓN

Disposición adicional única. Comunicación de las órdenes de protección a las Administraciones públicas competentes en materia de protección social.

1. Los secretarios de los juzgados y tribunales comunicarán las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica que se adopten y sus respectivas solicitudes, mediante testimonio íntegro, a aquel o aquellos puntos de coordinación designados por la comunidad autónoma correspondiente, que constituirán el canal único de notificación de estas resoluciones a centros, unidades, organismos e instituciones competentes en materia de protección social en relación con estas víctimas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La comunicación del secretario judicial se remitirá en un plazo nunca superior a 24 horas desde su adopción, por vía telemática o electrónica o, en su defecto, por medio de fax o correo urgente.
2. El punto de coordinación designado hará referencia al centro, unidad, organismo o institución que centraliza la información, su dirección postal y electrónica, números de teléfono y fax, régimen horario y persona o personas responsables de aquél. En el caso de comunidades autónomas pluriprovinciales, podrá identificarse un punto de conexión específico para cada provincia.
3. El Consejo General del Poder Judicial mantendrá una relación actualizada de los puntos de coordinación designados, remitirá tal identificación en su integridad y sus modificaciones o actualizaciones a los Ministerios de Justicia, de Trabajo y Asuntos Sociales y del Interior, así como a la Fiscalía General del Estado y al Tribunal Superior de Justicia, decanatos y juzgados de instrucción del ámbito autonómico correspondiente.

Disposición transitoria primera. Implantación gradual de las comunicaciones telemáticas.

1. La comunicación telemática de datos al Registro central constituirá el canal único y obligatorio de transmisión de dicha información al Registro central una vez entre en vigor el Protocolo general de seguridad informática de los registros de la Admi-

nistración de Justicia, que se aprobará en el plazo de tres meses mediante orden ministerial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.3.

2. Hasta el momento de la entrada en vigor del citado Protocolo general de seguridad informática, la transmisión de datos al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se llevará a cabo mediante comunicación escrita del secretario judicial al encargado del registro, debiéndose cumplimentar a estos efectos los modelos que se adjuntan como anexos I.b) y II.b). La gestión de estas comunicaciones escritas de los secretarios judiciales y su anotación en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se realizará por el encargado del registro, con el soporte administrativo de la Dirección General para la Modernización de la Administración de Justicia. En este caso, la comunicación a la Policía Judicial a que se refieren el artículo 5.1, párrafo segundo, y el artículo 6.2, párrafo segundo, se realizará mediante remisión de copia de estos modelos.

Disposición transitoria segunda. Incorporación de datos relativos a órdenes de protección anteriores a la entrada en vigor de este real decreto.

Los datos relativos a las órdenes de protección dictadas al amparo de la Ley 27/2003, de 31 de julio, comunicados al Ministerio de Justicia con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 10 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se anotarán en el Registro central.

Disposición final única. Facultades de desarrollo. Se autoriza al Ministro de Justicia para adoptar las disposiciones administrativas y medidas necesarias para el desarrollo y ejecución de este real decreto, así como para aprobar actualizaciones a los modelos contenidos en los anexos.

*Dado en Madrid, a 5 de marzo de 2004.*

JUAN CARLOS R.

*El Ministro de Justicia,*

JOSÉ MARÍA MICHAVILA NÚÑEZ

## LEGISLACIÓN

## LEY 51/2003, DE 2 DE DICIEMBRE, DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD<sup>35</sup>.

/.../

**Artículo 8.** Medidas de acción positiva.

1. Se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.
2. Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas per-

sonas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son **las mujeres con discapacidad**, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

/.../

## LEY 56/2003, DE EMPLEO<sup>36</sup>.

### TÍTULO PRELIMINAR

De la política de empleo

### CAPÍTULO ÚNICO

**Artículo 2.** Objetivos de la política de empleo.

Son objetivos generales de la política de empleo:

/.../

- d) Asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, **mujeres**, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años.

/.../

### CAPÍTULO II

Las políticas activas de empleo

**Artículo 23.** Concepto de políticas activas de empleo.

1. Se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social. Las políticas definidas en el párra-

fo anterior deberán desarrollarse en todo el Estado, teniendo en cuenta la Estrategia Europea de Empleo, las necesidades de los demandantes de empleo y los requerimientos de los respectivos mercados de trabajo, de manera coordinada entre los agentes de formación profesional e intermediación laboral que realizan tales acciones, con objeto de favorecer la colocación de los demandantes de empleo.

2. Dichas políticas se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. La acción protectora por desempleo a que se refiere el artículo 206 del referido texto legal comprende las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial y las acciones que integran las políticas activas de empleo.

/.../

**Artículo 25.** Clasificación.

1. Los programas y medidas que integren las políticas activas de empleo se orientarán y se ordenarán por su correspondiente norma reguladora, mediante actuaciones que persigan los siguientes objetivos:

/.../

- h) Promover políticas destinadas a inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. En el diseño de estas políticas se tendrá en

<sup>35</sup> BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003. Se publica parcialmente.

<sup>36</sup> BOE núm. 301, de 17 diciembre 2003. Se publica parcialmente.

## LEGISLACIÓN

cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad de trato entre hombres y mujeres para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de sexo, así como el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación, en los términos previstos en el párrafo a) del artículo 2 de esta ley.

/.../

**Artículo 26.** Colectivos prioritarios.

1. El Gobierno y las comunidades autónomas adoptarán, de acuerdo con los preceptos constitucionales y estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de inte-

gración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, **mujeres**, parados de larga duración mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería.

2. Teniendo en cuenta las especiales circunstancias de estos colectivos, los servicios públicos de empleo asegurarán el diseño de itinerarios de inserción que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de estos desempleados y a sus necesidades específicas. Cuando ello sea necesario, los servicios públicos de empleo valorarán la necesidad de coordinación con los servicios sociales para dar una mejor atención al desempleado.

/.../

## DECRETO 20/2004, DE 13 DE FEBRERO, DEL CONSELL DE LA GENERALITAT, POR EL QUE SE CREA EL OBSERVATORIO DE GÉNERO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA<sup>37</sup>.

**Artículo 1.** Creación

Se crea el Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana, de acuerdo con la Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, como órgano de carácter consultivo, dependiente y adscrito a la Conselleria de Bienestar Social, cuya función principal será estudiar y hacer visibles las diferencias de género, mediante la construcción de un sistema de información con capacidad para conocer la situación de las mujeres respecto de los hombres, y el efecto de las políticas institucionales puestas en marcha, para promover la participación de las mujeres en todos los ámbitos, en un plano de igualdad.

**Artículo 2.** Objetivos

El Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana tendrá los siguientes objetivos:

1. Impulsar la desagregación de datos por sexos en todas las estadísticas e investigaciones que se lleven a cabo en la Comunidad Valenciana.
2. Profundizar en el estudio e investigación sobre la realidad social desde una perspectiva de género.
3. Dar cuenta de la evolución de los índices de igualdad de mujeres y hombres en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

4. Realizar un diagnóstico fiable y válido sobre los avances en la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y evaluar las políticas planeadas con este fin.

**Artículo 3.** Composición

El Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana estará compuesto por los siguientes miembros:

- A) Presidente: la consellera de Bienestar Social.
- B) Vicepresidente: el Secretario Autonómico de Prestaciones Sociosanitarias.
- C) Vocales:
  - Un representante, con rango de secretario autonómico o de subsecretario por cada una de las Consellerias de la Generalitat, o personas en quien deleguen.
  - Dos en representación de las universidades públicas valencianas de la Comunidad Valenciana, elegidos con carácter rotatorio por período de dos años.
  - Un representante del Instituto Valenciano de Estadística con rango de director general.
  - Tres representantes de la Federación Valenciana de Municipios y Provincias, un representante por cada una de las Provincias de la Comunidad Valenciana.
  - Dos representantes de ONGs de ámbito autonómico, de entre las designadas por la presidencia del Observatorio.

<sup>37</sup> Publicado en el DOGV núm. 4.693, de 17 de febrero de 2004. se publica sin Exposición de Motivos.

## LEGISLACIÓN

Los vocales y sus suplentes serán nombrados por el Presidente del Observatorio, a propuesta, en su caso, de las entidades representadas.

D) Secretaría: será desempeñada por la directora general de la Mujer.

#### Artículo 4. Funciones

El Observatorio de Género tendrá en el ámbito de la Comunidad Valenciana las siguientes funciones:

1. Actuar como órgano permanente de recogida y análisis de la información disponible en diferentes fuentes autonómicas, nacionales e internacionales sobre la igualdad de oportunidades.
2. Formular recomendaciones y propuestas tendentes a mejorar los indicadores y sistemas de información relacionados con las mujeres.
3. Participar y mantener relaciones con instituciones similares.
4. Recibir información sobre medidas y actividades que pongan en marcha las Administraciones Públicas en materia de igualdad de oportunidades.
5. Evaluar el impacto en la sociedad de las políticas y medidas que afecten a las mujeres.
6. Constituir un foro de intercambio y comunicación entre organismos públicos y la sociedad.
7. Proponer iniciativas tendentes a realizar el seguimiento del tratamiento de la figura de la mujer en los medios de comunicación.
8. Proponer la realización de estudios e informes técnicos de diagnóstico de la situación de las mujeres en la Comunidad Valenciana.
9. Realizar el seguimiento informativo de las políticas sociales que afectan a las mujeres.
10. Difundir información sobre diversos aspectos relacionados con las mujeres.
11. El Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana elaborará un informe anual sobre el grado de cumplimiento de la Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de la evolución de los índices de igualdad entre mujeres y hombres, que elevará a las Cortes Valencianas.

#### Artículo 5. Funcionamiento y régimen jurídico

El Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana aprobará su propio Reglamento de organización y régimen de funcionamiento.

Funcionará en Pleno y en las Comisiones de Trabajo que se constituyan:

1. El Pleno se reunirá previa convocatoria de su Presidente, por iniciativa propia, o a propuesta de, al menos, dos terceras partes de sus miembros.
2. El Pleno se reunirá una vez al año con carácter ordinario y, excepcionalmente, cuantas veces sea convocado por su presidente, a iniciativa propia o a propuesta de, al menos, dos terceras partes de sus miembros.
3. Se podrán constituir Comisiones de Trabajo, por acuerdo del Pleno, para aquellos asuntos que por su importancia requieran un especial seguimiento. A estas Comisiones de Trabajo podrán incorporarse expertos en función de la materia concreta relacionada con la mujer, con el fin de elaborar los estudios e informes técnicos pertinentes.

En los extremos no previstos en el presente Decreto, se estará a lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

#### DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente decreto.

#### DISPOSICIONES FINALES

##### *Primera*

En el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del presente decreto, se procederá a la constitución del Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana.

##### *Segunda*

Se faculta a la consellera de Bienestar Social para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento y ejecución de lo dispuesto en el presente decreto.

##### *Tercera*

El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.

### COMENTARIO AL DECRETO 20/2004, DE CREACIÓN DEL OBSERVATORIO DE GÉNERO DE LA GENERALITAT VALENCIANA.

Por Decreto 20/2004, de 13 de febrero, se crea el Observatorio de Género de la Comunidad Valenciana, que es una previsión de la Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

## LEGISLACIÓN

El Observatorio tiene naturaleza consultiva, y se adscribe a la Consellería de Bienestar Social. De hecho, su composición queda establecida en la Presidencia por la propia Consellera de Bienestar Social, y en la Vicepresidencia y Secretaría por el Secretario de Prestaciones Sociosanitarias y la Directora General de la Mujer.

Habida cuenta del paso adelante que supone siempre y en todo caso cualquier iniciativa de igualdad de género, hay que pensar, sin embargo, que la proliferación normativa que se viene produciendo a nivel autonómico con respecto a la creación de instituciones, leyes, medidas y actuaciones, que pretender fomentar la igualdad, y que, con independencia de su virtualidad práctica, constituyen un enjambre legislativo que sobredimensiona con mucho la capacidad de cualquiera que pretenda conocer ya hoy el sistema jurídico de la mujer en el conjunto del Estado.

Ya nos hemos referido en números anteriores de este “Artículo 14, perspectiva de género”, a la necesidad de que el Estado central acometa definitivamente una legislación estatal marco en materia de género para homogeneizar las condiciones que impone el art. 149.1.1 de la Constitución.<sup>38</sup> Ciertamente que no hay un criterio generalmente aceptado acerca de la conveniencia de una ley estatal de promoción de la igualdad de género en los términos que algunas entendemos que exige el art. 9.2 de la Constitución, en relación con la necesidad de acortar la distancia histórica que sufre la mujer en nuestra sociedad, pero este incesante goteo autonómico es un buen motivo de reflexión para plantearse esa necesidad.

La composición de este Observatorio presenta una efectividad un tanto discutible, no solamente por el predominio de los cargos políticos y administrativos sobre lo que pudiéramos llamar agentes interesados, dos ONGs autonómicas que ni siquiera se prevé expresamente que sean asociaciones específicas de mujeres, sino porque el número abultado de su composición, hace difícil su periodicidad y su funcionamiento, que está previsto en el Pleno, solamente una

vez al año. Y el funcionamiento en Comisiones, no queda regulado en cuánto a los efectos jurídicos que pudiera tener en sus resoluciones, con lo que no parece que vaya a ser tampoco muy efectivo jurídicamente.

Es importante destacar también como la regulación normativa de género no ha podido todavía solventar el importante problema de lenguaje. Se sigue denominando “presidente” a la que es la Consellera de Bienestar Social, cuándo quizás se podría ir utilizando un lenguaje neutro para evitar el sexismo lingüístico en algunas instituciones, y usar términos como Presidencia, Secretaría, que denotan esa cierta neutralidad.

De este modo, los objetivos que parecen en el Preámbulo de la ley un tanto ambiciosos, “contribuir a eliminar toda situación de abuso o discriminación, directa o indirecta de la mujer, así como coadyuvar en la tramitación de las denuncias que se formulen contra tales situaciones”. Esto no va a ser posible porque este Observatorio no tiene el formato que exige una respuesta rápida a las situaciones de abuso y discriminación que tienen las mujeres en la sociedad. Ante malos tratos, acoso sexual y moral de género en el trabajo, discriminación laboral por maternidad, y otras situaciones parecidas de las mujeres, un Observatorio de estas características no tiene mucha efectividad jurídica. Y en realidad estos son los problemas de género que padecen día a día las mujeres y que quedan intangibles ante esta y otras iniciativas de las CC.AA. seguramente porque exceden de las posibilidades materiales, jurídicas y competenciales del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Razón suficiente entonces para volver al principio: la necesidad objetivamente acreditada de que los poderes centrales tomen cuenta de que hace falta una ley de promoción de los derechos de las mujeres, si es que se quiere acortar la distancia de la desigualdad de género. Aunque, cierto es, que puede ser que no se quiera. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

<sup>38</sup> El art. 149.1.1 de la Constitución Española dice que “El Estado tiene competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA SEXTA), DE 18 DE MARZO DE 2004. COMPATIBILIDAD ENTRE EL DERECHO A LA BAJA MATERNAL Y LAS VACACIONES.

«Política social - Igualdad de trato entre hombres y mujeres - Permiso de maternidad - Trabajadora cuyo permiso de maternidad coincide con el período de vacaciones anuales de todo el personal establecido en un convenio colectivo en materia de vacaciones anuales»

En el asunto C-342/01, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre María Paz Merino Gómez, y Continental Industrias del Caucho, S.A., una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L307, p.18), del artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L348, p.1), y del artículo 5, apartado 1, 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 L39, p.40; EE 05/02, p.70),

### EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, en funciones de Presidente de la Sala Sexta, y los Sres. J.-P. Puissochet y R. Schintgen y las Sras. F. Macken y N. Colneric (Ponente), Jueces; Abogado General: Sr. J. Mischo; Secretario: Sr. R. Grass;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

en nombre de la Sra. Merino Gómez, por la Sra. G.J. González Gil, abogada; en nombre del Gobierno español, por la Sra. R. Silva de Lapuerta, en calidad de agente; en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el

Sr. G. Fiengo, avvocato dello Stato; en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por las Sras. N. Yerrel e I. Martínez del Peral, en calidad de agentes; visto el informe del Juez Ponente; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 3 de abril de 2003, dicta la siguiente

### Sentencia

1 Mediante auto de 3 de septiembre de 2001, recibido en el Tribunal de Justicia el 12 de septiembre siguiente, el Juzgado de lo Social nº33 de Madrid planteó, con arreglo al artículo 234CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L307, p.18), del artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L348, p.1), y del artículo 5, apartado 1, 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 L39, p.40; EE 05/02, p.70).

2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Merino Gómez y la sociedad Continental Industrias del Caucho, S.A. (en lo sucesivo, «Continental Industrias»), sobre una solicitud de vacaciones anuales presentada por la Sra. Merino Gómez, cuyo permiso de maternidad coincidía con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo establecido en un acuerdo colectivo.

### Marco jurídico

*Derecho comunitario*

3 El artículo 7 de la Directiva 93/104 dispone:  
«Vacaciones anuales

## JURISPRUDENCIA • TJUE •

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y de concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.
2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.»

4 El artículo 15 de la misma Directiva establece:  
«Disposiciones más favorables

La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.»

5 El considerando decimocuarto de la Directiva 92/85 señala que la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia hace necesario un derecho a un permiso de maternidad.

6 El artículo 2 de la misma Directiva define, a efectos de esta última, los conceptos de «trabajadora embarazada», «trabajadora que ha dado a luz» y «trabajadora en período de lactancia», remitiéndose a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

7 El artículo 8, apartado 1, de la Directiva 92/85 establece:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.»

8 El artículo 11 de la misma Directiva dispone:

«Derechos inherentes al contrato de trabajo  
Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

[...]

- 2) en el caso citado en el artículo 8, deberán garantizarse:

- a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, distintos de los indicados en la siguiente letra b);
- b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2.

[...]

9 Según el artículo 2, apartados 1 y 3, de la Directiva 76/207:

- «1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

[...]

3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.»

10 A tenor del artículo 5 de la misma Directiva:

- «1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y a mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.
2. Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

[...]

- b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes;

[...]

*Derecho nacional*

*Legislación aplicable*

11 El artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE nº75, de 29 de marzo de 1995, p.9654), dispone:

- «1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.
2. El período o períodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.

[...]

## JURISPRUDENCIA • TJUE •

12 El artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores establece:

«En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. [...]»

El convenio colectivo

13 La empresa Continental Industrias, dedicada a la fabricación de neumáticos, regula convencionalmente las relaciones con sus trabajadores a través del convenio para la Industria Química. Este último, al regular la suspensión del contrato por maternidad, fija, en su artículo 46, un período de 16 semanas igual al legal.

14 En su artículo 43 se regulan las vacaciones anuales y se fija su duración en 30 días naturales, indicándose que al menos 15 días deberán disfrutarse de forma ininterrumpida entre los meses de junio y septiembre.

El acuerdo colectivo

15 Por acuerdo colectivo suscrito entre Continental Industrias y los representantes de los trabajadores el 7 de mayo de 2001, que fue el resultado de conciliación alcanzada en procedimiento de conflicto colectivo instado por la representación de los trabajadores, se fijaron dos períodos generales para el disfrute de vacaciones de toda la plantilla, uno del 16 de julio al 12 de agosto, y otro del 6 de agosto al 2 de septiembre, ambos de 2001.

16 En ese acuerdo se establecía también que, con carácter excepcional, seis trabajadores podrían disfrutar de vacaciones en el mes de septiembre. Para ese turno excepcional se fijaba la preferencia de los trabajadores que no hubieran podido elegir turno el año anterior.

#### El litigio principal

17 La Sra. Merino Gómez presta servicios en Continental Industrias desde el 12 de septiembre de 1994 con categoría de operaria. Estuvo disfrutando de baja maternal desde el 5 de mayo al 24 de agosto de 2001.

18 La Sra. Merino Gómez había podido elegir turno de vacaciones en el año 2000 y, por tanto, conforme a las reglas establecidas en el acuerdo colectivo de

7 de mayo de 2001, no habría podido acceder en el año 2001 al turno excepcional del mes de septiembre para disfrutar de vacaciones anuales.

19 A pesar de todo, la Sra. Merino González solicitó disfrutar de vacaciones desde el 25 de agosto al 21 de septiembre de 2001 o, subsidiariamente, desde el 1 de septiembre al 27 de septiembre de 2001, es decir, un período de vacaciones a continuación del término del período de su baja por maternidad.

20 Continental Industrias no concedió a la Sra. Merino Gómez el período de vacaciones reclamado.

21 El 6 de junio de 2001 esta última formuló demanda contra Continental Industrias ante los Juzgados de lo Social de Madrid, relativa a las vacaciones reclamadas.

#### Las cuestiones prejudiciales

22 Según el órgano jurisdiccional remitente, los tribunales españoles ya han conocido con anterioridad de supuestos como el presente: solapamiento de la fecha de descanso maternal y de la fecha fijada colectivamente para el disfrute de vacaciones de la plantilla. Indica que varios tribunales superiores, tales como el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 30 de noviembre de 1995 y de 27 de junio de 1996, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de 10 de febrero de 2000, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 7 de diciembre de 1999, y el de Madrid, en sentencia de 13 de julio de 1999, sostienen el criterio de que, en estos supuestos, la trabajadora no tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en período distinto del fijado por el acuerdo colectivo alcanzado por la empresa, pues primaría el respeto a lo así pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la trabajadora.

23 El órgano jurisdiccional remitente no comparte este criterio. Señala que, vista la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 7 de la Directiva 93/104 en la sentencia de 26 de junio de 2001, BEC-TU (C-173/99, Rec. p.I-4881), la relativa al artículo 8 de la Directiva 92/85 en la sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros (C-411/96, Rec. p.I-6401), y la relativa a la Directiva 76/207 en la sentencia de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p.I-2011), el principio de igualdad de trato y no discriminación de la mujer por razón de su embarazo y/o lactancia implica que una trabajadora debe tener derecho a disfrutar de sus vacaciones

anuales en un período distinto no coincidente con el de su descanso maternal, si las fechas de las vacaciones anuales previamente fijadas por acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores coinciden con la fecha de disfrute del permiso de maternidad de la trabajadora. Admitir el solapamiento de ambos períodos de descanso supondría la anulación de uno de ellos, en este caso, el disfrute de vacaciones anuales.

**24** Según el órgano jurisdiccional remitente, no es obstáculo para llegar a esta solución el hecho de que se haya fijado previamente por acuerdo colectivo la fecha de vacaciones para toda la plantilla. Para respetar la normativa comunitaria garantizadora del principio de igualdad de trato y no discriminación y del derecho al disfrute de vacaciones anuales, el acuerdo de 7 de mayo de 2001 debería haber contemplado la especial situación de las trabajadoras embarazadas en la empresa, garantizando el doble derecho a descanso maternal y a vacaciones. Basándose en la sentencia de 21 de octubre de 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p.I-7243), el órgano jurisdiccional remitente considera que, al no hacerlo, dicho acuerdo vulneró la normativa comunitaria aplicable.

**25** En caso de respuesta afirmativa a su primera cuestión, es decir, en el supuesto de que su interpretación del Derecho comunitario sea confirmada, el órgano jurisdiccional remitente considera que debe resolverse en el supuesto que se enjuicia una segunda cuestión. A este respecto, el juez remitente recuerda que la trabajadora disfruta, conforme a la legislación nacional, de un período de descanso maternal superior en dos semanas al mínimo fijado en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 92/85 y que también tendría derecho conforme a la normativa nacional a 30 días naturales de vacaciones anuales, dos por encima de las cuatro semanas (28 días) reconocidas por el artículo 7 de la Directiva 93/104.

**26** Dado que el Derecho nacional es más favorable para los trabajadores que la Directiva 92/85, el órgano jurisdiccional remitente considera que el derecho que ha de reconocerse a la trabajadora debe abarcar el total de 30 días naturales de vacaciones anuales, establecidos en la legislación nacional y refrendados por el convenio colectivo de aplicación.

**27** En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social nº33 de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Cuando unos acuerdos colectivos establecidos entre la empresa y los representantes de los trabajadores fijan las fechas de disfrute de vacaciones para la totalidad de la plantilla y esas fechas resultan coincidentes con las de baja maternal de una trabajadora, el art.7.1 de la Directiva 93/104, el art.11.2.a) de la Directiva 92/85 y el art.5.1 de la Directiva 76/207, garantizan el derecho de esta trabajadora a disfrutar sus vacaciones anuales en período distinto del pactado y no coincidente con el de su baja maternal?

2) De responderse positivamente a la pregunta anterior, ¿el contenido material del derecho al disfrute de vacaciones anuales, comprende exclusivamente las cuatro semanas de descanso referidas en el art.7.1 de la Directiva 93/104, o se extiende a los 30 días naturales establecidos por la legislación nacional, art.38.1 del Real Decreto Legislativo 1/95 Estatuto de los Trabajadores?»

#### Sobre las cuestiones prejudiciales

*Sobre la primera cuestión*

**28** Conforme al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

**29** El derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104 (sentencia BECTU, antes citada, apartado 43).

**30** Resulta significativo a este respecto que dicha Directiva establezca además la regla de que el trabajador deberá normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud, ya que sólo en caso de que concluya la relación laboral su artículo 7, apartado 2, permite que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación financiera (sentencia BECTU, antes citada, apartado 44).

**31** El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104, con arreglo al cual los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias «de conformidad con

## JURISPRUDENCIA • TJUE •

las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales», debe interpretarse en el sentido de que las modalidades de aplicación nacionales deberán en cualquier caso respetar el derecho a un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.

**32** La finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (véanse las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p.3047, apartado 25; Thibault, antes citada, apartado 25, y Boyle y otros, antes citada, apartado 41).

**33** El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y las de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas.

**34** Además, el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85, dispone que en el caso de un permiso de maternidad deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de la trabajadora distintos de los indicados en la letra b) de la misma disposición.

**35** Por lo tanto, lo mismo será de aplicación en relación con el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas.

**36** Con respecto a la Directiva 76/207, hay que precisar que la fijación del período de las vacaciones anuales retribuidas se rige por lo dispuesto en ella (véase, en relación con la fijación del inicio del permiso de maternidad, la sentencia Boyle y otros, antes citada, apartado 47).

**37** La citada Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. En efecto, el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del artículo 2, apartado 3, de dicha Directiva por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al emba-

razo y a la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo (véase la sentencia Thibault, antes citada, apartado 26).

**38** De lo antedicho se deduce que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 ha de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad.

**39** Lo mismo podrá decirse en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla.

**40** Por otra parte, procede recordar que, con arreglo al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 76/207, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos.

**41** Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que los artículos 7, apartado 1, de la Directiva 93/104, 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla.

*Sobre la segunda cuestión*

**42** Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende básicamente que se dilucide si el número de días de vacaciones anuales del que puede disfrutar la trabajadora en circunstancias como las del asunto principal es el establecido como mínimo por el Derecho comunitario o el más elevado establecido por una normativa nacional.

**43** Con arreglo al artículo 15 de la Directiva 93/104, ésta se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, más favo-

## JURISPRUDENCIA • TJUE •

rables a la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores.

44 Cuando un Estado miembro haya optado por una duración de las vacaciones anuales más larga que la duración mínima establecida por la Directiva, el derecho a las vacaciones anuales más largas de las mujeres que han disfrutado de un permiso de maternidad que coincide con el período de vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, se rige por el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85.

45 Procede, pues, responder a la segunda cuestión que el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104.

### Costas

46 Los gastos efectuados por los Gobiernos español e italiano, así como por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. 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.

En virtud de todo lo expuesto,  
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)

Pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social nº33 de Madrid mediante auto de 3 de septiembre de 2001, declara:

1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y el artículo 5, apartado 1, 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 empleo, a la formación y a la promoción profesio-

sionales, y a las condiciones de trabajo, han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla.

2) El artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 18 de marzo de 2004.

### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE 18 DE MARZO DE 2004. DERECHO DE LAS TRABAJADORAS A ELEGIR TURNO DE VACACIONES FUERA DEL PERIODO DE BAJA MATERNAL.

Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada ante el TJCE por el Juzgado nº 33 de lo Social de Madrid, con respecto a la compatibilidad entre el derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas y el derecho al descanso maternal de las trabajadoras por cuenta ajena. La cuestión prejudicial surge de un proceso laboral sobre vacaciones planteado por una trabajadora a la que se le deniega por la empresa el derecho a elegir turno de vacaciones, ya que éstas estaban prefijadas por convenio colectivo, para todos los trabajadores y trabajadoras de la empresa, en unos meses fijos, que coincidían con el periodo de baja maternal, con el resultado de que dejaban a la trabajadora sin derecho a vacaciones.

El contrato de trabajo es una relación jurídica entre el/la trabajador/a y el/la empresario/a, de la que surgen derechos y obligaciones para las dos partes. Uno de los derechos que la legislación laboral ha reconocido a los/as trabajadores/as es el descanso anual retribuido. Actualmente su regulación se encuentra en el artículo 40.2 de la Constitución que

establece que los poderes públicos garantizarán el descanso necesario mediante las vacaciones periódicas retribuidas, y el Estatuto de los Trabajadores, (RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo), (en adelante, EETT) que dedica su Título I a la relación individual de trabajo, cuyo contenido se fija en el Capítulo II, que dedica la Sección 5ª al tiempo de trabajo, donde se reconoce el derecho a las vacaciones anuales retribuidas en el artículo 38. Vacaciones que no son sustituibles por una compensación económica, y que se determinan por pacto individual entre el empresario/a y el trabajador/ra, o por convenio colectivo. Y, por otro lado, la maternidad de la mujer trabajadora es causa de suspensión del contrato de trabajo, reconocido en el Art. 45.1 d) del EETT, con una duración de dieciséis semanas de las que seis serán inmediatamente posteriores al parto (Art. 48.4 EETT). Por lo tanto, si el periodo de descanso maternal coincide con el periodo de vacaciones fijado por convenio colectivo para todos los trabajadores/as, cabrían, en principio dos interpretaciones, una, que las vacaciones se absorben por la baja maternal, ya que la trabajadora no está trabajando efectivamente; dos, que son derechos y situaciones distintas que obedecen a un fundamento diferente, y tienen una distinta finalidad<sup>39</sup>, por lo que en los casos de coincidencia entre el periodo de baja maternal y el de vacaciones, habría derecho a disfrutar las vacaciones una vez terminado el periodo de baja maternal.

La primera interpretación ha sido la sostenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que en la sentencia de 27 de junio de 1996 –remitiendo a su doctrina fijada en su sentencia de 30 de noviembre de 1995– resuelve que no existe derecho a disfrutar de un periodo de vacaciones de manera aislada y exclusiva por una trabajadora que se encontraba de baja maternal durante parte del periodo de vacaciones fijado por convenio colectivo para todos los trabajadores y con cierre de la empresa. El Tribunal Supremo utiliza los siguientes argumentos, en el fundamento jurídico segundo:

“a) El Art. 40.2 de la Constitución garantiza las vacaciones periódicas retribuidas pero la determinación del concreto periodo para su disfrute se deja a la voluntad de las partes, pudiendo la

empresa y la representación de los trabajadores, como autoriza el Art. 38.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, pactar el disfrute colectivo de los mismos, fijando un periodo común para todo el personal, con suspensión de las actividades laborales; b) En tales casos no es posible fijar un nuevo señalamiento para las vacaciones a las personas que estuviesen de baja por incapacidad temporal o por maternidad, por imperativo del pacto colectivo que dispuso el disfrute conjunto de las vacaciones por toda la plantilla, el cual no admite más excepciones que las referidas al personal de mantenimiento, pacto que está amparado por la ley; (...) e) No se produce vulneración de ningún tipo del Art. 14 de la Constitución <<puesto que es evidente que aquella decisión se basa en el referido pacto colectivo que afecta a todo el personal de la empresa cualquiera que sea su sexo>>, no conculcándose tampoco el Art. 39 del mismo cuerpo legal”

El Tribunal Supremo realiza un juicio de racionalidad para constatar que no existe una discriminación directa por razón de sexo, la norma convencional no trata de modo diferente a las trabajadoras y a los trabajadores. No existe vulneración de la igualdad formal porque no existe un trato desigual, es decir, no es que se les prohíba a las mujeres de baja por maternidad que elijan turno de vacaciones, y los demás trabajadores sí pueden hacerlo, sino que nadie de la plantilla puede hacerlo, por lo tanto, no hay una discriminación directa<sup>40</sup>. Pero no entra a valorar si puede existir una discriminación indirecta, considerada como la práctica o medida formalmente neutra que desfavorece a un mayor número de personas de un sexo, y no está justificada<sup>41</sup>. Discriminación indirecta igualmente proscrita en nuestro ordenamiento, y a cuyo control vendría obligado el Tribunal Supremo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>42</sup>. O como dice el TJCE en el punto 37 de la sentencia comentada, los derechos reconocidos a las mujeres para la protección del embarazo y la maternidad “no pueden dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo”.

El Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, no comparte el criterio del Tribunal Supremo (punto 22 de la

<sup>39</sup> Como establece el Tribunal de Justicia en la sentencia comentada, punto 32 “La finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (véanse las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p.3047, apartado 25; Thibault, antes citada, apartado 25, y Boyle y otros, antes citada, apartado 41)”.

<sup>40</sup> Para Rodríguez-Piñero, “el principio de no discriminación también supone un límite a la libertad de empresa, sobre todo si en ese concepto se incluyen no sólo las discriminaciones directas, o diferencias de trato basadas en el sexo, sino también las decisiones empresariales que afectan negativamente a los miembros de un sexo en mayor proporción que a los de otro y que carezcan de justificación, o sea, las discriminaciones indirectas.” Cfr. “Prólogo” a Carmen Sáez Lara, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994, pág. 14.

<sup>41</sup> Cfr. Carmen Sáez Lara, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994, pág. 47.

<sup>42</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991 donde estableció la obligación de los órganos judiciales de entrar a analizar si las reglas o prácticas de la empresa pueden encubrir una discriminación indirecta, y no sólo de constatar si las mismas contienen una distinción o diferenciación directa sobre la base del sexo de los trabajadores, a los efectos de excluir la existencia de discriminación por razón de sexo. (fundamento jurídico 5º).

sentencia), al considerar que el principio de igualdad y no discriminación de la mujer embarazada o en periodo de lactancia implica su derecho a disfrutar de las vacaciones y del descanso maternal, porque admitir el solapamiento de ambos derechos supondría la anulación de uno de ellos. (punto 23 de la sentencia). Sosteniendo una interpretación más favorable al derecho de la trabajadora en conexión con las Directivas comunitarias en materia de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y de no discriminación por razón de embarazo.

Según esta interpretación era aconsejable poder cambiar el turno de las vacaciones para que no coincidie-

ran con el periodo de baja maternal. Estas distintas interpretaciones es lo que ha llevado al planteamiento de la cuestión prejudicial. Que ha sido resuelta por el TJCE en el sentido de que *“una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla”*. Dando un paso más en la consecución de la igualdad material y no meramente formal, y en la protección de la situación de maternidad. (M<sup>a</sup> DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE OCTUBRE DE 2003. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE SU HIJO AL RECURRENTE POR HABER MATADO A SU ESPOSA.

/.../

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Parla, conoció el juicio de menor cuantía núm. 522/95, seguido a instancia de D. Romeo y D<sup>a</sup> Mari José contra D. Simón, sobre solicitud de privación de la patria potestad de los menores Paulino y David.

Por la representación procesal de D. Romeo y D<sup>a</sup> Mari José se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: *“...dicte sentencia que contenga los siguiente pronunciamientos:*

- 1) Se prive total y definitivamente al demandado D. Simón, de la patria potestad sobre sus hijos menores llamados Paulino y David, de 13 y 10 años de edad.
- 2) Se declare a dichos menores, sometidos al régimen de tutela, con nombramiento de tutor, y que deberá efectuarse tan pronto sea firme la sentencia que se dicte en este procedimiento.
- 3) Se atribuya la guarda y custodia de dichos menores provisionalmente a los abuelos maternos D. Romeo, y a D<sup>a</sup> Mari José, y posteriormente al tutor que le sustituya a dichos guardadores.
- 4) Se condene al demandado D. Simón a abonar la cantidad de 50.000 pts mensuales, de alimentos a sus hijos, a razón de 25.000 pts para cada uno de ellos, cantidad esta que deberá entregarse a los guardadores legales y abuelos maternos D. Romeo y D<sup>a</sup> Mari José, y posteriormente al tutor que sea nombrado judicialmente, debiendo actualizarse dicha cantidad anualmente según las variaciones que experimente el I.P.C.

5) Costas, que sea condenado en costas el demandado por su evidente temeridad y mala fe.”.

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D. Simón, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación:

*“...se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:*

- 1º.- Que no se prive a D. Simón, de la Patria Potestad sobre sus hijos menores llamados Paulino y David, de 13 y 10 años de edad respectivamente, ya que todavía no ha sido Juzgado.
- 2º.- Guarda y Custodia.- Esta parte entiende que debe atribuirse la guarda y custodia a los abuelos paternos, a fin de que los menores no pierdan el contacto con la familia del padre.
- 3º.- Alimentos.- Por las razones expuestas en el hecho segundo de nuestra contestación a la demanda, y puesto que han cambiado las condiciones económicas de mi mandante la cantidad en concepto de alimentos, debe reducirse a la cantidad de 10.000.- ptas. mensuales para cada uno de los hijos menores.
- 4º.- Régimen de visitas. Durante el tiempo que mi representado esté privado de libertad, solicitamos el siguiente régimen de visitas: Esta parte entiende que se debe fijar a favor de los abuelos maternos el siguiente régimen de visitas: Fines de semana alternos desde el viernes a las 8 de la tarde, hasta el domingo a las 9 de la noche.- Vacaciones escolares de los menores, en Navidad, Semana Santa y Verano, que se acuerde dividir en dos partes dichos periodos,

## JURISPRUDENCIA • TS •

alternándose en la elección de los mismos de un año a otro, eligiendo en caso de discordia los abuelos paternos en años pares y los abuelos maternos en años impares, aplicándose dicho régimen de vacaciones durante el tiempo que mi representado esté privado de libertad.

5º.- Costas.- Que sea condenada en costas la parte demandante, por imperativo del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”.

Con fecha 12 de septiembre de 1996, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice:

“Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Mercedes Rey García, en nombre y representación de D. Romeo y Dª Mari José, debo condenar y condeno a D. Simón a la Privación de la Patria Potestad respecto de sus hijos Paulino y David. Que dichos menores quedarán sometidos al régimen de tutela, nombrándose tutor una vez sea firma la presente resolución y atribuyéndose la guarda y custodia de los mismos a los demandantes en tanto se produzca el nombramiento de tutor. Que debo condenar y condeno a D. Simón a abonar la cantidad de 50.000 pesetas mensuales, en concepto de alimentos para sus hijos, a razón de 25.000 pesetas para cada uno de ellos; cantidad que deberá entregarse a los guardadores legales y se actualizará anualmente conforme al I.P.C. que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. El demandado deberá abonar las costas causadas en la tramitación del presente procedimiento.”.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia en fecha 18 de septiembre de 1997, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Cañedo Vega, en nombre y representación de D. Simón contra la sentencia dictada en fecha 12 de septiembre de 1996, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Parla, en autos de menor cuantía núm. 522/95, seguidos a instancia de D. Romeo y Dª Mari José contra aquél, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución impugnada, sin hacer expresa declaración sobre condena en las costas causadas en la alzada.”.

**TERCERO.-** Por la Procuradora Sra. Cañedo Vega, en nombre y representación de D. Simón, se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo, con apoyo procesal en el siguiente motivo:

Único.- “Al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil por indebida aplicación del art. 170 del Código Civil en relación con el art. 24.2 de la Constitución Española”.

**CUARTO.-** Por Auto de esta Sala de fecha 23 de octubre de 1998, se admite a trámite el recurso y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal del recurrido, se presentó escrito de impugnación al mismo, así como por el Ministerio Fiscal.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día dieciocho de septiembre del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El único motivo del actual recurso de casación lo formula la parte recurrente en base al artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento civil, puesto que en la sentencia recurrida se han infringido el artículo 170 del Código Civil en relación al artículo 24 de la Constitución Española.

Este motivo debe ser desestimado.

En la sentencia dictada por el Tribunal Supremo -Sala Segunda-, de fecha 2 de diciembre de 1997, en su fundamento jurídico cuarto se dice lo siguiente:

“El acusado, que se encontraba separado legalmente de su esposa desde dos años antes, tras permanecer desde las 13.15 horas en el bar ubicado en los bajos del inmueble en el que se encuentra la referida vivienda, sobre las 15 horas, y tras haber visto como sus hijos salían de su casa para ir al colegio, subió hasta el domicilio de Catalina con intención de acabar con su vida, al tener conocimiento de que ella salía con frecuencia en compañía de otra persona; abrió la puerta del piso utilizando para ello una llave de la misma que había conseguido haciendo una copia de la llave que uno de sus hijos había dejado olvidada tiempo atrás en el vehículo de su propiedad; a continuación, sin hacer ningún ruido se dirigió hasta el salón en el que se encontraba Catalina dormida, tumbada en el sofá, acercándose a ella, quien se despertó cuando ya el procesado se encontraba a su lado, momento en el que le dio un empujón hacia atrás al ver que ella trataba de incorporarse y a continuación para conseguir su propósito la agarró con las dos manos por el cuello y apretó hasta causarle la muerte por asfixia mecánica”.

Pues bien, sobre esos datos construyó la sentencia

## JURISPRUDENCIA • TS •

recurrida la “ratio decidendi” para decretar la pérdida de la patria potestad a la partha hora recurrente y que es la denominada como acusado en la relación penal anterior; y por ello es posible traer a colación la doctrina de esta Sala que sobre la presente cuestión explícita que se debe exigir la concesión al Tribunal “a quo” una facultad discrecional en sopesar los elementos de juicio para llegar a la solución que estime oportuna, sin que contra lo resuelto por dicho Tribunal quepa la casación a menos que sea patente un error de hecho o de derecho en la referida actuación (por todas la sentencia de 11 de octubre de 1991).

Y en la actuación de la Audiencia Provincial tanto en la hermenéutica como en la resolutoria, no se aprecia error alguno.

Pero es más, también esta Sala ha dicho en un caso idéntico al que se contempla lo siguiente:

“No existe la menor duda, ni legal ni de conciencia, sobre lo acertado, en cuanto ajustado a derecho, de la decisión adoptada por el Juzgador “a quo”, quien, tras un exhaustivo análisis de la prueba sometida a su consideración, concluye con la estimación de la pretensión deducida en el escrito rector del procedimiento acerca de la privación de la patria potestad, con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que no se pone en duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna, cometiendo un delito de parricidio; por ello la medida adoptada, y que es objeto de impugnación, se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse pueda, respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión de lo prevenido en el artículo 154, punto 1º del Código civil, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo, a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus mas trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aún previa la ruptura con-

vivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquel”. (Sentencia de 31 de diciembre de 1996).

Con todo lo cual se dan los supuestos establecidos en el artículo 170 del Código Civil, ya que en la conducta del padre se observa un absoluto incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, lo que se infiere de la sentencia dictada en causa penal. Incumplimiento que además en el presente caso es negativo para la formación integral de los hijos, que es un elemento esencial.

**SEGUNDO.-** En materia de costas procesales y en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que las mismas, en el presente caso se impondrán a la parte recurrente, que a su vez perderá el depósito constituido. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Simón frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 18 de septiembre de 1997.

2º.- Imponer las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente.

3º.- Dar al depósito constituido el destino legal.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. I. Sierra Gil de la Cuesta.- C. Auger Liñán.- R. García Varela.- J. Corbal Fernández.- A. Romero Lorenzo. Firmado. Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL “CRIMEN DE LA PAZ”. SENTENCIA DEL TS DE 27 DE OCTUBRE DE 2003.

AURORA GENOVÉS GARCÍA  
ABOGADA

### ANTECEDENTES:

Desde el inicio del procedimiento Jurado, que acabó con la condena del acusado por un delito de asesinato, solicité que se diera traslado de las actuaciones al Estado para que pudiera ejercer las acciones que tuviera por convenientes, pues al conocer que la muerte de la víctima se había producido por los disparos de los que fue su marido, un Guardia Civil, que disparó seis tiros con el arma y la munición reglamentaria, la responsabilidad civil subsidiaria podría ser del Estado en aplicación del Art. 121 del Código Penal. Para llegar a la sentencia que ahora comentamos había que recorrer un largo camino sopesando las dificultades que suponían añadir a una condena penal máxima, con la conjunción de una serie de circunstancias agravantes y la posible la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Cada una de las tres sentencias que han puesto fin a cada tramo de este largo procedimiento, han dado soluciones distintas a una misma realidad:

1º.- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba en el procedimiento de Jurado, no aceptó esta tesis y condenaba al autor del asesinato a abonar una cantidad en concepto de indemnización a los perjudicados, sus hijos, de forma directa y estableció que el Estado no podía ser responsable de las consecuencias civiles que había generado una actuación criminal de uno de sus agentes cuando no estaba de servicio, esta fue la única decisión no tomada por el jurado popular pues es de competencia exclusiva del Juez profesional.

2º.- La Sentencia de la Sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, revoca la sentencia anterior parcialmente y en lo referente a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado aceptó una de las tesis que había mantenido desde el principio, si bien de las dos que desarrollé, ésta era la que sostuve con menos convicción ya que tenía que sentar las bases para que posteriormente el Tribunal Supremo pudiera entrar en este punto con la segunda de las tesis, de no ser aceptada la primera ya que esta era más fuerte, con una construcción jurídica más sólida, que fue la que finalmente se aplicó.

En esta resolución se aplicó la llamada “Teoría del Riesgo”, que se funda en el principio de la creación del riesgo, es el derivado como consecuencia de la forma de organizar el servicio de la seguridad pública del Estado, de forma que determinados agentes de seguridad, como es el caso de la Guardia Civil, tienen a su disposición el arma reglamentaria de forma permanente, lo que implica el riesgo de que en determinados casos utilizada incorrecta o criminalmente y en estos casos el Estado es el que de forma subsidiaria tiene que hacer frente a las posibles indemnizaciones.

En este caso se valoraron de forma decisiva los informes psicológicos que determinaron en el acusado una depresión crónica o distimia, que no había sido detectado por los servicios competentes del cuerpo de la Guardia Civil ya que no había realizado seguimiento psicológico de ningún tipo al sujeto y, que aconsejaba que no portara armas, tal y como pusieron de manifiesto los peritos psicológicos en el acto del juicio.

Se valoró la obligación de vigilancia de la empresa o “culpa in vigilando” y, de elección de sus agentes o “culpa in eligiendo”, y se determinó que la falta de esta vigilancia por parte de los superiores del acusado daba lugar a la responsabilidad civil del Estado, lo que unido a la Teoría de la Creación del Riesgo establecía la obligación subsidiaria de abonar las indemnizaciones correspondientes.

Esta teoría implicaba el riesgo de que la eximente incompleta o circunstancia atenuante, en su caso, propuesta por la defensa y basada en los mismos informes psicológicos tuviera la fuerza suficiente para aminorar la pena. El Tribunal no aplicó ninguna circunstancia atenuante, finalmente.

3º.- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sin embargo, la teoría que finalmente ha sido aplicada es la segunda vía que venía sosteniendo, no exenta de dificultades, fundamentalmente por la virtual aplicación de la agravante de parentesco.

El Tribunal Supremo, Sala 2ª, en un acuerdo del Pleno no jurisdiccional, el día 12 de julio de 2.002 (la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba es de 17-07-02), establece y unifica los criterios en virtud de los cuales se establece con carácter general la Responsabilidad Civil Subsidiaria del Estado por el mal uso del arma reglamentaria por parte de los miembros de

## JURISPRUDENCIA · TS ·

las fuerzas y cuerpos de seguridad, relacionados con supuestos en los que el daño causado no sea concreción del riesgo implícito al sistema de organización de la seguridad pública y dice:

*“La Responsabilidad Civil Subsidiaria del Estado por los daños causados por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por el mal uso del arma reglamentaria, se deriva de que, aún cuando el arma no se haya utilizado fuera de servicio, el riesgo generado con el hecho de portarla sí es una consecuencia directa del modo de organización del Servicio de Seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad, pero que entraña una serie de riesgos.*

*Pero el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando esta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad. Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan en él.*

*Si bien, incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos, debidamente acreditados, de que el arma debió haberse retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión”.*

Este criterio que había mantenido desde un principio se contradecía con la aplicación de la circunstancia mixta, aquí como agravante, de parentesco, pues que-

dan expresamente excluidos los casos de violencia de género cuando los actos criminales se realizan en el propio domicilio y fuera contra familiares.

Por este motivo y puesto que el Tribunal Superior de la Junta de Andalucía no aplicó esta circunstancia, decidí no recurrir la Sentencia en este sentido, pues podía restar posibilidades a esta tesis. En este caso el asesinato fue en la calle, es decir, el lugar más público que existe y además la víctima y el agresor se habían separado unos meses antes.

Finalmente el Tribunal Supremo llegó a la misma conclusión que el Tribunal Superior de la Junta de Andalucía pero por un camino muy diferente, y condenó al Estado a abonar, de forma subsidiaria, la indemnización correspondiente estableciendo que no había convivencia entre la víctima y el acusado y que el asesinato no había ocurrido en el domicilio de la pareja, por lo que se trataba de un riesgo derivado de la organización del servicio público.

La Responsabilidad Civil, tal como ahora la conocemos, ha ido construyéndose, poco a poco, de una aplicación restrictiva basada en la actuación del causante del daño injustamente infringido, se ha ido llegando a la valoración del daño injustamente sufrido en una objetivación del daño en que toma carta de naturaleza el resultado, es la reparación del perjuicio basado en el concepto social de solidaridad con las víctimas y sus familiares.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE DIECINUEVE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL TRES. CONCURSO REAL DE DELITOS: LESIONES Y DETENCIÓN ILEGAL DE LA NOVIA.

/.../

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 5 de los de A Coruña, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 159 de 2002, contra Narciso y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Tercera) que, con fecha veintitrés de octubre de dos mil dos, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Se declaran probados los siguientes:

A) Asunción, de 20 años, conoció al acusado Narciso, de 21 años y sin antecedentes penales computables a efectos de esta causa, años atrás, empezando a salir

juntos, como pareja, desde la festividad de Reyes de este año. En bastantes ocasiones se reunían en la vivienda del acusado, que a causa de sus problemas, había abandonado el domicilio familiar, estando sita aquella en la calle 000 número núm. 000, de la ciudad de A Coruña.

Así las cosas, Asunción en la creencia de que iba a pasar una velada agradable en compañía de Narciso, que hasta entonces le había tratado de manera afectiva y respetuosa, acudió el sábado 2 de febrero p.p., al piso de aquél, al que llegó pasadas las 21 horas. Tras conversar normalmente, en principio, el acusado, que fumaba heroína, la culpó de todos los males que le habían ocurrido y al preguntarle, sorprendida, Asunción, la causa de esa imputación, Narciso, echando

## JURISPRUDENCIA • TS •

mano de un bate de béisbol, le contestó que se lo iba a explicar, golpeándole en las piernas. A continuación, diciéndole que tenía que cubrir una solicitud de trabajo, extrajo un papel, de una carpeta, en el que escribió tres preguntas, a las que tendría que responder Asunción, y cuyo texto era “Cosas que piensas que no hiciste bien desde que estás conmigo”. “Cosas que prometiste cambiar” y “Desgracias que pasaron desde que estoy contigo”.

La réplica de Asunción, de que las contestaría de palabra, enfureció a Narciso, que golpeó a aquélla en la mano, obligándole a responder por escrito, a lo que se vio forzada Asunción, que se expresó en términos complacientes para su antagonista. Tras esto, Asunción, se dirigió al baño, para asearse, y estando en esa dependencia fue golpeada nuevamente por Narciso, que utilizó esta vez las manos y los pies, ordenándole seguidamente que se desnudara y se metiese en la bañera, lo que hizo, abriendo entonces aquél el grifo de agua fría, en la que echó después varios cubitos de hielo, que trajo de la nevera, al tiempo que manifestaba a su pareja, mientras seguía y fumando heroína, que quería que hiciese las labores domésticas para él y que fuese una mujer como las demás.

Como la estancia de Asunción en la bañera se prolongase, ésta pidió a Narciso que la dejase salir, que tenía frío petición a la que respondió aquél con un golpe de bate en las mejillas, diciéndole que así entraría en calor y al rogarle Asunción que no le pegasen más, que le hacía mucho daño, recibió una nueva tanda de golpes en la espalda y cabeza, permaneciendo algún tiempo más en el agua, donde llegó a estar de cuerpo entero, sumergida algún instante, hasta que Narciso accedió a dejarla salir, si bien le obligó a limpiar el baño, que se había mojado. Acto seguido, tras darle alguna ropa, para vestirse, permitió que descansase en su asiento de piel y después que se acostase en el sofá-cama, pidiéndole que se envolviese la cabeza con una toalla, pues sangraba por aquélla y no quería, según le explicó, que se manchase el sofá.

Cuando Asunción despertó, eran sobre las 8 de la tarde del día siguiente, domingo 3 de octubre, notando que estaba dolorida y que apenas podía moverse. Preguntó a Narciso, al despertar éste, si podía bajar a por comida y aquél le respondió que siguiese durmiendo, siendo despertada pasadas unas dos horas. Al intentar vestirse, como no le sirviese el pantalón que le proporcionó el acusado, porque era de talla más pequeña, éste le llamó gorda, golpeándola con el bate y dándole puñetazos y como no consiguiese terminar de vestirse, recibió, tras ser cogida por los pelos, otra serie de golpes, con el bate.

Finalmente, Narciso logró vestirla y le dijo que se iban los dos a la calle, pero como Asunción le mani-

festase que no estaba en condiciones de bajar las escaleras, tras golpearla de nuevo, la arrastró hasta el sofá, saliendo él a por comida, de la que dio una pequeña parte, tras alimentarse él, a Asunción, de la que se mofó, porque, por los golpes, no podía cerrar la boca al comer, circunstancia que motivó que recibiese más golpes. A la mañana siguiente, del día 4, al sonar el teléfono móvil de Narciso, que esperaba, al parecer una llamada -el de Asunción no funcionaba- se puso ésta a la escucha y al percatarse de que su interlocutora era su madre, que le llamaba desde su casa, procuró buscar un pretexto para abandonar el piso, sin comunicar a su progenitora el lamentable estado en que se encontraba.

Narciso, que ya estaba alarmado por esa circunstancia, accedió a que se marchase, ayudándole a vestirse y asearse, aunque le indicó, antes de irse, que dijese a sus padres que le habían agredido unas gitanas y le conminó a que no contase lo que realmente había sucedido porque, de hacerlo tarde o temprano iría a por ella y la enterraría en Peñamoá. Asunción, como pudo, bajó las escaleras y en el portal se encontró a su padre y hermano, que la buscaban desde el día anterior, preocupados por su ausencia y que supieron de su paradero por medio de una amiga de aquélla, que los acompañó, estando tan desmejorada que aquéllos no la reconocieron en un primer momento.

B) Asunción, de las contusiones y erosiones múltiples recibidas y de una fractura de base de la tercera falange en el segundo dedo de la mano derecha, curó a los 175 días, durante los que estuvo incapacitada para las actividades de la vida diaria, estando 19 días hospitalizada y siendo tratada por un psiquiatra, pues sufre alteración de estado de ánimo, rememoración del suceso traumático, insomnio y miedo a estar sola, quedándole secuela de trastorno por estrés posttraumático, de entidad moderada, que previsiblemente mejorará con el tiempo.

C) Narciso, por su parte, sufre un trastorno de personalidad de tipo antisocial, que le ha acarreado problemas escolares e importante conflictividad familiar, con rasgos de inmadurez, irritabilidad, deficiente autoimagen y base ansioso-depresiva en su estructura psicológica. Es policonsumidor de drogas desde los 16 años, entre ellas, cocaína, heroína, cannabis y oxacepam. En la noche del 2 de febrero y durante el día 3 fumó, cuando menos, heroína, en bastantes ocasiones y probablemente consumiese alguna sustancia tóxica más, por lo que su capacidad de actuación se hallaba, entonces ligeramente disminuida.”

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

“Fallamos: Se condena al acusado Narciso, como autor criminalmente responsable de un delito de

## JURISPRUDENCIA • TS •

lesiones cometido con la utilización de instrumentos peligrosos y mediando ensañamiento y de otro de amenazas condicionales, con el concurso de las circunstancias atenuantes de leve alteración psíquica y de haber actuado a causa de su grave adicción a las drogas y de la agravante de abuso de confianza, a las penas de tres años y seis meses de prisión, por el primero de los expresados delitos, y a la de diez meses de prisión, por el segundo de ellos, con la accesoria, en ambos casos, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le impone, además, la prohibición de que se aproxime o comunique con Asunción así como con los padres y hermanos de ésta, por el plazo de cinco años.

Deberá indemnizar a Asunción, con novecientos setenta euros con sesenta y tres céntimos, por los días de hospitalización, con cinco mil seiscientos veinticinco euros con cuarenta y siete céntimos, por los días que estuvo impedida para las actividades de la vida diaria con otros dieciséis mil euros, por secuelas, cantidades que devengarán el interés regulado en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución. Pagará dos cuartas partes de las costas del juicio, con exclusión de las ocasionadas por la acusación particular. Y se absuelve al acusado del delito de detención ilegal y de las dos faltas de malos tratos que también se le imputaban, declarándose de oficio las otras dos cuartas partes de las costas procesales.

Se decreta el comiso del instrumento peligroso utilizado por el acusado en la comisión del delito, bate de béisbol, y se declara de abono, para el cumplimiento de las penas, el tiempo de privación de libertad sufrido por el mismo durante la tramitación de la causa. Y se aprueba, por ahora, la resolución dictada por la Sra. Magistrada-Juez Instructora, por la que se declaró insolvente al acusado.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.”

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparo recurso de casación por infracción de Ley, por la representación de la Acusación Particular Asunción, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la Acusación Particular Asunción, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivo Primero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

por estimar que no se ha aplicado debidamente lo dispuesto en el artículo 163 del Código Penal, que tipifica el delito de detención ilegal, al entender que concurre dicho delito en el presente caso.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no haber aplicado correctamente la pena prevista en el artículo 149 del Código Penal para el delito de lesiones.

**QUINTO.-** La representación del acusado recurrido Narciso se instruyó del recurso, impugnando todos los motivos interpuestos por la representación del recurrente.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, impugnando lo motivos interpuestos, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 18 de septiembre de 2003.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, en sentencia de 23 de octubre de 2002, condenó al acusado Narciso como autor de un delito de lesiones cometido con la utilización de instrumentos peligrosos y mediando ensañamiento, y como autor de un delito de amenazas condicionales, en razón a la conducta por él mantenida desde las 21 horas del sábado 2 de febrero de 2002 hasta la mañana del día 4 del mismo mes y año, respecto a Asunción, de 20 años, con la que salía como pareja desde la festividad de Reyes, en el domicilio del acusado sito en la calle 000 núm. 000 de A Coruña.

En cambio absuelve a Narciso del delito de detención ilegal que le imputaba la acusación particular por entender, según explica en el Fundamento de Derecho Cuarto de su sentencia:

1) Que el delito de detención ilegal exige el ánimo de privar a una persona de su facultad deambulatoria durante cierto tiempo, lo que es dudoso ocurra en este caso.

2) Porque tal injusto quedaría embebido en el delito de lesiones, lo que ocurre “cuando la detención o retención es concomitante y de igual duración que la acción calificada de lesiva”.

Frente a esta última decisión la representación de D<sup>a</sup> Asunción, personada en la Causa como acusación particular, ha formulado recurso de casación en cuyo primer motivo, por la vía del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la inaplicación indebida del artículo 163 del Código Penal; ya que “es lógico entender que la voluntad

## JURISPRUDENCIA • TS •

de Asunción ante el comportamiento violento y completamente irracional de Narciso, era el de marcharse de la casa, y que es el miedo que siente a recibir más golpes lo que le impide salir”.

2.- El artículo 163.1 del Código Penal sanciona como autor de un delito de detención ilegal a “el particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad”.

Se trata de un tipo penal que garantiza el derecho que toda persona tiene a la libertad, de la que nadie puede ser privado sino en los casos y en la forma previstos en la ley (artículo 17.1 de la Constitución Española). Delito que admite cualquier medio comisivo, como es la fuerza, la intimidación e incluso el engaño. En este caso, según resulta del relato fáctico de la sentencia, Asunción fue obligada por la fuerza y la intimidación a permanecer en el domicilio de su entonces pareja Narciso desde poco después de las 21 horas del día de febrero de 2002, sábado, hasta la mañana del día 4, lunes, lo que supone una ausencia de día y medio, con la consiguiente alarma de su familia que preocupados, la buscaban desde el día anterior (inciso final del hecho probado A).

En la narración fáctica de la sentencia se relata como durante este tiempo Asunción fue golpeada en no menos de siete ocasiones por Narciso, que utilizaba para ello las manos, los pies e, incluso, un bate de béisbol, y obligada a permanecer desnuda en una bañera con agua fría, a la que el acusado echó varios cubitos de hielo que trajo de la nevera, llegando a estar en algún instante con el cuerpo sumergido íntegramente.

En estas condiciones resulta efectivamente lógico, como afirma el recurrente, inferir que la voluntad de Asunción era la de marcharse de esa casa, impidiéndoselo el miedo a sufrir más golpes.

Habiendo en el relato de hechos manifestaciones concretas de ello, como es que cuando Asunción pidió a Narciso que le dejase salir de la bañera porque tenía frío, éste le contestara propinándole un golpe de bate en las mejillas, diciéndole que así entraría en calor, y que cuando al despertarse Asunción sobre las 8 de la tarde del domingo y preguntara al acusado si podía bajar por comida, éste le respondió que continuara durmiendo.

3.- Por lo que se refiere a la absorción del delito de detención ilegal en el de lesiones se debe aclarar ante todo que la sentencia de esta Sala 333/1996, de 22 de abril, en la que basa el Tribunal de instancia su razonamiento, se refiere a la agresión por unos vigilantes de Seguridad Privada a dos personas a las que llevaron a empujones a un garaje que distaba de la calle 4 metros, a los que golpearon con sus defensas hasta la llegada de un coche de la Policía alertado por varias

personas; supuesto que en su desarrollo en el tiempo es radicalmente distinto al que ahora se enjuicia.

Respecto al propósito que guió al acusado a desarrollar su conducta delictiva se dice en los hechos probados de la sentencia de instancia:

- Que Narciso culpó al comienzo de su reunión a Asunción “de todos los males que le habían ocurrido”.

- Que escribió las tres siguientes preguntas, a las que Asunción se vio obligada a responder también por escrito:

1) “Cosas que piensas que no hiciste bien desde que estás conmigo”.

2) “Cosas que prometiste cambiar”.

3) “Desgracias que pasaron desde que estoy contigo”.

- Que mientras Asunción se veía obligada a permanecer en la bañera de agua fría, el acusado le dijo “que quería que hiciese las labores domésticas para él y que fuera una mujer como las demás”.

- Que cuando finalmente le permitió salir de la bañera, la obligó a que limpiara el baño que se había mojado.

Ciertamente las lesiones causadas por el acusado a Asunción revelan una extrema crueldad, hasta el punto de que en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia se recoge la afirmación del Médico Forense en el sentido de que era un hematoma continuo, pudiendo desembocar en un resultado de mayor gravedad.

Pero también es cierto que tales lesiones, con fractura de la tercera falange del segundo dedo de la mano derecha, de las que Asunción curó a los 175 días, estando 19 hospitalizada, pudieron ser causadas en un lapso de tiempo mucho más breve si efectivamente el propósito del acusado hubiera sido únicamente el de lesionar a Asunción y no el de hacerla cambiar su conducta con él.

Podríamos decir que en este caso no estamos ante una acción lesiva en el marco de la cual se ataca la libertad de movimientos de la víctima, sino por el contrario ante una conducta consistente en obligar a una persona a permanecer en un determinado piso oyendo las explicaciones de su titular, en el curso de la cual se golpea frecuentemente a la víctima.

En definitiva, que en el caso ahora enjuiciado la privación de la libertad ambulatoria que sufrió Asunción, que llegó a preocupar seriamente a sus familiares, duró mucho más tiempo del que hubiera sido preciso para causarle las lesiones que sufrió, si ese hubiera sido el único propósito del acusado Narciso, alcanzando un relieve propio.

Por lo que no estamos ante un supuesto de absorción o consumación de un delito en otro, sino ante un concurso real de delitos sancionables de la forma establecida en el artículo 73 del Código Penal.

## JURISPRUDENCIA • TS •

4.- Ahora bien, la privación de libertad que sufrió Asunción tuvo una duración inferior a los dos días, pudiéndose afirmar que salió del domicilio del acusado sin que éste hubiera logrado su propósito, el que Asunción "fuese una mujer como las demás", según afirma la Sala a quo en el párrafo tres del Fundamento de Derecho Cuarto de su sentencia.

Ello implica que la conducta de Narciso es subsumible en el tipo privilegiado del delito de detención ilegal previsto en el apartado 2 del artículo 163 del Código Penal, por lo que el Motivo Primero del recurso interpuesto por la acusación particular debe ser sólo parcialmente estimado.

**SEGUNDO.-** En el Motivo Segundo del recurso, continuando por el cauce del número 1 del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, se alega que dado que en el delito de lesiones se ha apreciado la concurrencia de dos de las circunstancias previstas en el artículo 148 del Código Penal -utilización de instrumento peligroso para la vida o salud física o psíquica del lesionado y ensañamiento-, vistas además las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, la pena correspondiente del indicado delito de lesiones debió imponerse en su grado máximo, en una extensión de cinco años.

Sin embargo, como razona correctamente la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, por tratarse de unas lesiones tipificadas en el artículo 148 del Código Penal, la pena a imponer es la de prisión con una duración de dos a cinco años.

Dado que en la conducta del acusado se aprecia la concurrencia de las atenuantes de leve alteración psíquica y de haber actuado a causa de su grave adicción a las drogas, y la agravante de abuso de confianza -apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no discutida en casación por ninguna de las partes-, en la individualización de la pena debe tener en cuenta la regla 1ª del artículo 66 del Código Penal, que permite recorrer la pena en toda su extensión, individualizando la misma atendiendo a la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del acusado; que es lo que ha hecho la Sala a quo en decisión contenida en el Fundamento Jurídico Octavo de su sentencia.

Decisión razonada y razonable de imponer la pena en su punto medio, tres años y seis meses de prisión, que por ello debe ser respetada en casación.

Lo que implica que el Motivo Segundo del recurso sea desestimado.

**FALLO**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, por estimación parcial del Motivo Primero, al recurso de

casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la Acusación Particular Asunción, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, con fecha veintitrés de octubre de dos mil dos, en causa seguida al acusado recurrido Narciso, por delitos de lesiones, detención ilegal, amenazas, y falta de malos tratos, y en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Declaramos de oficio las costas causadas, con devolución al recurrente del depósito que constituyó en su día.

Comuníquese ésta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater.- Juan Saavedra Ruiz.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Enrique Abad Fernández.

**SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil tres.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 5 de los de A Coruña, con el número 159 de 2002, y seguida ante la Audiencia Provincial de esa Capital, Sección Tercera, por delitos de lesiones, detención ilegal y amenazas y faltas de malos tratos, contra el acusado Narciso, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha veintitrés de octubre de dos mil dos, 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. Enrique Abad Fernández, hace constar lo siguiente:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se reproducen los de la sentencia de casación y los de la de instancia, incluida la declaración de Hechos Probados.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se reproducen los de la sentencia de casación y también los de la de instancia en cuanto no se opongan a aquellos.

**SEGUNDO.-** Según lo razonado en el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia de casación, el acusado Narciso es responsable en concepto de autor de un delito de detención ilegal tipificado en el artículo 163.1 y 2 del Código Penal.

Aceptando por coherencia con la sentencia de instancia en punto no discutido por las acusaciones pública y privada ni por la defensa del acusado, que en la conducta de Narciso concurren las atenuantes de leve alteración psíquica y de haber actuado a causa de su grave adicción a las drogas y la agravante de abuso de confianza, en la individualización de la pena se debe estar a lo dispuesto en la regla 1ª del artículo 66 del Código Penal.

Y teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable ya expuestas, así como las condenas por delitos de lesiones y de amenazas, la pena correspondiente al de detención ilegal -de dos a cuatro años de prisión- se concreta en dos años y seis meses de prisión.

#### PARTE DISPOSITIVA

Se mantienen las condenas al acusado Narciso como autor de un delito de lesiones y otro de amenazas, en la forma y circunstancias acordada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en la sentencia de 23 de octubre de 2002.

Se condena al acusado Narciso como autor de un delito de detención ilegal ya definido, con la concurrencia de las atenuantes de leve alteración psíquica y de haber actuado a causa de su grave adicción a las drogas y de la agravante de abuso de confianza, 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.

Se mantiene igualmente el resto de lo acordado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, si bien la condena en costas se extiende a las tres cuartas partes, declarándose de oficio la restante cuarta parte.

Notifíquese por medio de Fax la presente sentencia al Tribunal del que procede la causa a los efectos legalmente procedentes, visto que se le condena a pena privativa de libertad por un delito del que había sido absuelto en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Enrique Bacigalupo Zapater.- Juan Saavedra Ruiz.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Enrique Abad Fernández.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2003

Los hechos que se declaran probados por la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 23 de octubre de 2002, podrían resumirse de la siguiente manera. Se trata de una pareja de novios cuya relación, hasta el momento de producirse los hechos denunciados había sido en todo momento "afectiva y respetuosa". Asunción, de 20 años, visita un sábado por la noche el domicilio de su novio Narciso, de 21 años, y no pudo salir hasta que éste se lo permitió la mañana del lunes siguiente. En todo momento el acusado estuvo bajo los efectos de la heroína y quizás "alguna sustancia tóxica más, por lo que su capacidad de actuación se hallaba, entonces ligeramente disminuida." La víctima fue golpeada en diferentes partes de su cuerpo, al menos en siete ocasiones, con las manos y los pies, e incluso con un bate de béisbol. El acusado llegó a obligarla a meterse desnuda en la bañera, llenándola de agua fría a la que añadió cubitos de hielo del frigorífico, manifestando entonces, que "quería que hiciese las labores domésticas para él y que fuese una mujer como las demás." Además, Narciso "le llamó gorda", al tiempo que le golpeaba con el bate y le daba "puñetazos", llegando a mofarse de ella puesto que, debido a las lesiones ocasionadas "no podía cerrar la boca al comer, circunstancia que motivó que recibiese más golpes." Allí permaneció un día y medio hasta que el acusado la dejó salir por "el lamentable estado" en que se hallaba, no sin antes advertirle que no contase la verdad de lo sucedido, pues de lo contrario "tarde o temprano iría a por ella y la enterraría en Peñamoa". La víctima permaneció 19 días en el hospital y tardó en curar de todas sus lesiones 175 días, durante los cuales "estuvo incapacitada para las actividades de la vida diaria". Fue tratada por un psiquiatra, pues padece "alteración del estado de ánimo, rememoración del suceso traumático, insomnio y miedo a estar sola".

La Audiencia Provincial de A Coruña condenó a Narciso como autor de un delito de lesiones perpetrado con el empleo de instrumentos peligrosos y con ensañamiento, y de un delito de amenazas condicionales. La pena a imponer por el primer delito es de tres años y seis meses de prisión, el segundo delito se castiga con la pena de diez meses de prisión. En sendos delitos se impone como pena accesoria la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo mientras dure la condena. En cualquier caso, la AP le absolvió del delito de detención ilegal y de dos faltas de malos tratos de los que se le acusaba.

## JURISPRUDENCIA • TS •

Hemos de hacer constar que la AP no aprecia delito de detención ilegal al entender que queda absorbido por el delito de lesiones, por consiguiente, en su FJ 4º absuelve del delito de detención ilegal a Narciso, basándose en dos razonamientos jurídicos:

1º el delito de detención ilegal requiere “el ánimo de privar a una persona de su facultad deambulatoria durante cierto tiempo”, lo que duda que pueda apreciarse en este supuesto.

2º el delito de detención ilegal queda absorbido en el delito de lesiones, lo que acontece si “la detención o retención es concomitante y de igual duración que la acción calificada de lesiva”.

La representación de la Acusación Particular interpuso recurso de casación por infracción de ley ante el TS, basándose en que no se había aplicado correctamente el art. 163 del CP, que contempla el delito de detención ilegal, por considerar que este delito concurre en este proceso (1º Motivo) y en que tampoco se había aplicado adecuadamente la pena del delito de lesiones, prevista en el art. 148 del CP (2º Motivo).

La principal cuestión que plantea el primer motivo del recurso estriba en determinar si el delito de detención ilegal se subsume en el delito de lesiones o, por el contrario, existe un concurso real de delitos.

El TS estima que las lesiones son de una “una extrema crueldad”, aunque las mismas pudieron ser realizadas “en un lapso de tiempo mucho más breve si efectivamente el propósito del acusado hubiera sido únicamente el de lesionar a Asunción y no el de hacerla cambiar su conducta con él”. En este sentido, insiste en que se trata de “una conducta consistente en obligar a una persona a permanecer en un determinado piso oyendo las explicaciones de su titular, en el curso del cual se golpea frecuentemente a la víctima.” En suma, no nos encontramos ante un caso de absorción de un delito en otro, sino ante “un concurso real de delitos” cuya sanción está prevista en el art. 73 del CP. De todas formas, Asunción estuvo privada de libertad un día y medio, por lo que se fue de la casa de su novio “sin que éste hubiera logrado su propósito” de que la víctima “fuese una mujer como las demás”<sup>43</sup>. En consecuencia, la acción del acusado la subsume el TS en el tipo privilegiado del delito de detención ilegal del art. 163.2 del CP<sup>44</sup>, estimando así parcialmente el primer motivo del recurso.

La argumentación del segundo motivo del recurso de

casación radica en que en el delito de lesiones enjuiciado, están presentes dos de los requisitos previstos en los números 1 y 2 del art. 148 del CP (empleo de objetos peligrosos para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado y ensañamiento). A ello hay que añadir las circunstancias agravantes (“abuso de confianza”) y atenuantes (“leve alteración psíquica” y “grave adicción a las drogas”), presentes en el caso, por lo que concluye: la pena prevista para el delito de lesiones (prisión de dos a cinco años) debería de haberse impuesto en su grado máximo, es decir, cinco años.

El TS, por el contrario, desestima este razonamiento porque considera que en la conducta de Narciso están presentes la agravante y las atenuantes antes mencionadas, que no se pusieron en cuestión por ninguna de las partes procesales en el recurso de casación. Por tanto, para individualizar la pena ha de regir la regla 1ª del art. 66 del CP que permite atender a “la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del acusado”. En suma, el TS concluye que la Audiencia Provincial ha adoptado en este aspecto una “decisión razonada y razonable”, al imponer la pena en “su punto medio”, es decir, tres años y seis meses de prisión.

Casada la sentencia de la AP de La Coruña, el TS dicta una nueva sentencia por la que condena a Narciso como autor de un delito de detención ilegal regulado en el art. 163.1 y 2 del CP, imponiéndole la pena de dos años y seis meses de prisión, dadas las circunstancias presentes en este proceso, tanto atenuantes como agravantes. Asimismo, se le impone una pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo que dure la condena. De todos modos, en esta Segunda Sentencia se mantienen las condenas impuestas a Narciso por la AP de A Coruña como autor responsable de un delito de lesiones y otro delito de amenazas.

En mi opinión, el fallo del TS estimando parcialmente el primer motivo del recurso de casación es acertado puesto que es incuestionable la finalidad del agresor de que la víctima permaneciese detenida con la finalidad de doblegar su conducta, y por tanto, ha quedado suficientemente acreditado que existió delito de detención ilegal. En este sentido, insistir en que la víctima no pudo libremente abandonar el domicilio por el miedo que tenía a recibir más golpes de su entonces novio quien de forma irracional, arbitraria y violenta se ensañaba con ella una y otra vez. Ello sin

<sup>43</sup> El TS se basa para afirmar esto en el párrafo tercero del Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia de la AP de A Coruña.

<sup>44</sup> Como sabemos, el art. 163 del CP vigente tipifica el delito de detención ilegal, pudiendo distinguir entre el apartado 1 que contempla la conducta del “particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad” cuya pena será prisión de cuatro a seis años, y el apartado 2 que impone “la pena inferior en grado” cuando “el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto”.

tener en cuenta las numerosas humillaciones que padeció, bien mediante insultos y burlas, bien mediante frases y actitudes machistas. Tan severas fueron las lesiones que tardó casi seis meses en curarse, durante los cuales “estuvo incapacitada para las actividades de la vida diaria”, y tuvo que ser asistida por un psiquiatra por padecer “alteración de estado de ánimo, rememoración del suceso traumático, insomnio y miedo a estar sola”. Un dramático suceso

englobado dentro de lo que se conoce como *violencia doméstica*, donde la libertad personal y el derecho a la integridad física y moral de la mujer son vulnerados por parte de su compañero sentimental y que se ha convertido en un mal crónico de la sociedad española. Ojalá pudiéramos asegurar que será el último episodio de este tipo. (M<sup>a</sup> DOLORES MARTÍNEZ CUEVAS, PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE DIECISÉIS DE JUNIO DE DOS MIL TRES. DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA POR IMPAGO DE PENSIONES

/.../

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 2 de Denia instruyó Procedimiento Abreviado con el número 51/2000 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Alicante que, con fecha 5 de diciembre de 2001, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

“Son -y así expresa y terminantemente se declaran los siguientes: El acusado, Juan Ramón, mayor de edad y carente de antecedentes penales, fue condenado mediante sentencia de divorcio de fecha 11 de julio de 1989 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Denia a abonar mensualmente 15.000 pesetas a su esposa Lucía y 30.000 pesetas para la subsistencia de Jesús y Roberto, hijos del matrimonio, sin que desde el mes de mayo de 1998 haya abonado cantidad alguna incumpliendo de forma intencionada su obligación legal, por sentencia de fecha 15-4-98 el acusado fue absuelto del delito de abandono de familia. La cantidad adeudada de mayo de 1998 a diciembre de 2001 es la de 1980.000 pesetas, a razón de 45.000 pesetas mensuales, esto es, 30.000 pesetas para los hijos y 15.000 para la esposa. El acusado, con el fin de defraudar a su esposa e hijos y con la cooperación de su compañera sentimental Nuria, también acusada, mayor de edad, carente de antecedentes penales, en el mes de enero de 1998 transmitió a aquélla, sin contraprestación económica alguna, su mitad indivisa de la finca registral núm.000 sita en la localidad de Denia, impidiendo a los perjudicados la ejecución de sus créditos. Nuria prestó voluntariamente su colaboración a la fraudulenta transmisión, siendo consciente de las ilícitas intenciones de Juan Ramón”.

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: “Fallamos: Que debe-

mos CONDENAR y CONDENAMOS a los acusados en esta causa Juan Ramón y Nuria como autor el primero y cooperadora necesaria la segunda, de los delitos A) y B) de abandono de familia y alzamiento de bienes el referido acusado y del B) la acusada sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las siguientes penas: a Juan Ramón a la pena de 14 arrestos de fin de semana por el delito A) de abandono de familia y 1 año y 6 meses por el delito B) de alzamiento de bienes, absolviéndole del delito de abandono de familia del artículo 226, y a Nuria a la pena de 1 año y 6 meses de prisión por el delito B) de alzamiento de bienes y abono de costas, incluidas las de la acusación particular en la proporción de 1/6 parte la acusada, 1/3 de oficio y el resto el acusado, más las accesorias correspondientes.- Por vía de responsabilidad civil el acusado Juan Ramón indemnizará a los querellantes, Lucía y Jesús y Hugo en la cantidad de 1980.000 pesetas con los intereses legales del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.- Se declara la nulidad de la transmisión de la mitad indivisa de la finca registral núm.000 de Denia, efectuada por el acusado a la acusada el día 23-1-1998, folio 7, tomo 1528, libro 654.- Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber que contra la misma cabe interponer Recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días”.

**TERCERO.-** Notifica la sentencia a las partes, se prepararon recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por los acusados Juan Ramón y Nuria, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Único.- En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 227 y 257 del Código Penal. El recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Lucía y Hugo, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, de los artículos 226, 229 y 132 del Código Penal, en relación con el artículo 154 del Código Civil, e inaplicación de los artículos 24 y 39.1, 2 y 3 de la Constitución. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de junio de 2003.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Juan Ramón y Nuria.

**ÚNICO.-** En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 227 y 257 del Código Penal. El recurso se formaliza por imperativo legal y reconociendo que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de los delitos por los que han sido condenados en la instancia y se aprovecha el trámite para impugnar el recurso formalizado por la acusación particular. Ciertamente el recurso se enfrenta al relato fáctico de la sentencia de instancia, que debe ser respetado, y en él concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan los delitos de abandono de familia por impago de las prestaciones económicas impuestas en sentencia de divorcio como el delito de alzamiento de bienes. El acusado, en primer lugar, dejó de pagar, en un tiempo que supera los dos meses consecutivos, las presta-

ciones económicas que habían sido fijadas en sentencia de divorcio. El acusado, igualmente, realizó, de acuerdo con la otra acusada, una disposición patrimonial que dificultó o impidió la eficacia de los procedimientos iniciados o que se hubieran podido iniciar para exigir el pago de las prestaciones familiares a que venía obligado y a las que no hizo frente. La acusada ha contribuido, con su aceptación, al adquirir la mitad indivisa de la que era titular el acusado, sin contraprestación alguna, y en perjuicio y fraude de los derechos económicos de la esposa e hijos del acusado, a impedir o dificultar la eficacia de los procedimientos iniciados o que se hubieran podido iniciar para exigir el pago de las prestaciones familiares a que venía obligado el acusado. Han concurrido, pues, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan ambas figuras delictivas y el motivo debe ser desestimado.

Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Lucía y Hugo.

**PRIMERO.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, de los artículos 226, 229 y 132 del Código Penal, en relación con el artículo 154 del Código Civil, e inaplicación de los artículos 24 y 39.1, 2, y 3 de la Constitución. Los recurrentes construyen la indebida inaplicación de un delito de abandono de familia caracterizado por el incumplimiento de los deberes legales de asistencia sin que tenga el menor apoyo en el relato fáctico de la sentencia de instancia. Como se ha expresado, al rechazar el recurso de los otros recurrentes, en el relato fáctico se recoge el incumplimiento voluntario, por parte del acusado, de la obligación fijada en sentencia de divorcio de abonar determinada suma mensual de dinero a favor de su esposa e hijos. Nada más se dice respecto al incumplimiento de otros deberes familiares o de asistencia a sus hijos. El relato fáctico de la sentencia de instancia que debe ser respetado, no permite la subsunción típica que se interesa en el motivo y sin que tampoco consta probado, fuera del supuesto típico apreciado por el Tribunal de instancia, la vulneración de los derechos constitucionales de protección de la familia y de la infancia.

El motivo debe ser desestimado.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos

## JURISPRUDENCIA · TS ·

que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se insiste en que el Tribunal de instancia ha incurrido en error al no haber apreciado, en vez de un delito de abandono de familia por incumplimiento de las prestaciones económicas a favor de su cónyuge e hijos fijadas por el Juez, un delito de abandono de familia por incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida.

Se designan varios informes psicológicos y psiquiátricos en los que se hace referencia que Roberto, uno de los dos hijos del acusado con su anterior esposa, padece esquizofrenia y anorexia nerviosa, que se agravó con la separación y posterior divorcio de sus padres.

El motivo no puede prosperar.

La doctrina de esta Sala condiciona la apreciación del error de hecho invocado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1º) equivocación evidente del juzgador al establecer dentro del relato fáctico algo que no ha ocurrido;
- 2º) que el error se desprenda de un escrito con virtualidad documental a efectos casacionales que obre en los autos y haya sido aducido por el recurrente;
- 3º) que tal equivocación documentalmente demostrada no aparezca desvirtuada por otra u otras pruebas.

Y los informes que se señalan en apoyo del motivo no evidencian el error que se dice cometido por el Tribunal sentenciador, que rechazó esta otra calificación delictiva de abandono de familia, señalando que la sentencia de divorcio decidió que la custodia de los hijos del matrimonio quedase a cargo de la madre, ahora recurrente.

## FALLO

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley interpuestos por la acusación particular en nombre de Lucía y Hugo y por los acusados Juan Ramón y Nuria, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 5 de diciembre de 2001, en causa seguida por delitos de

abandono de familia y alzamiento de bienes. Condenamos a dichas partes recurrentes al pago de sus respectivas costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

### COMENTARIO A LA STS DE 16 DE JUNIO DE 2003. DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA POR IMPAGO DE PENSIÓN

En esta Sentencia desestima el Tribunal Supremo los recursos de casación interpuestos por la acusación particular y por los acusados contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial del Alicante que condenó al primero por los delitos de abandono de familia y alzamiento de bienes y a la segunda como cooperadora necesaria de delito de alzamiento de bienes.

1. El acusado, *Juan Ramón, fue condenado mediante sentencia de divorcio* de fecha 11 de julio de 1989 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Denia a *“abonar mensualmente 15.000 pesetas a su esposa Lucía y 30.000 pesetas para la subsistencia de Jesús y Roberto, hijos del matrimonio”*. Respecto a este primer punto queremos hacer las siguientes observaciones, por la trascendencia que de ellas deducimos:

a) *Respecto a la situación de Lucía*, en base a lo dispuesto en los artículos 90 a 101 del Código Civil, donde se regulan los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y en particular, a lo establecido en el artículo 97, dedicado al régimen jurídico de la pensión compensatoria, según el cual: *“El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial teniendo*

en cuenta una serie de circunstancias. En la resolución judicial se fijarán las *bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad*<sup>45</sup>, añadiendo el hecho de que la sentencia de divorcio disuelve el vínculo<sup>46</sup>, por lo que el contenido del artículo 143 del Código Civil que obliga a darse alimentos a: los cónyuges, ascendientes y descendientes, no es de aplicación, *nos encontramos ante un supuesto de pensión compensatoria que se cuantifica en 15.000 pesetas mensuales y para la que no aparecen ni bases para su actualización ni tampoco garantías para su efectividad.*

b) *Respecto a los dos hijos, se fija en la sentencia de divorcio una pensión de 30.000 pesetas para su subsistencia.* Supuesto que calificamos como una *obligación legal de alimentos*, contemplada en los artículos 142 a 152 del Código Civil, además de que según el artículo 92 del Código Civil, “El divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos” y a tenor del artículo 93, “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”. Destacamos en este punto la incorrección de la sentencia al no haber fijado una cuantía mensual independiente para cada hijo, por lo que debemos deducir que la pensión fijada en 30.000 pesetas dividida entre los dos hijos supone para cada uno la cuantía de 15.000 pesetas, lo que atenta contra el artículo 146 del Código Civil al disponer que “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”. Por otra parte tampoco se fijan, como exige el artículo 93, las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

c) La sentencia de divorcio decidió que *la custodia de los hijos del matrimonio quedase a cargo de la madre*<sup>47</sup>.

2. *D. Juan Ramón, desde mayo de 1998 a diciembre 2001, no abona cantidad alguna incumpliendo de forma intencionada su obligación legal.* La cantidad adeudada de mayo de 1998 a diciembre de 2001 es de 1.980.000 pesetas, a razón de 45.000 pesetas por 44 mensualidades, lo que nos ratifica en las afirmaciones realizadas anteriormente, se mantienen incólumes las cantidades fijadas en la sentencia de divorcio, sin que se haya atendido a actualización alguna, a pesar del tiempo transcurrido.

3. *El acusado con el fin de defraudar a su esposa e hijos y con la cooperación de su compañera sentimental Nuria, en el mes de enero de 1998 transmite a ésta, sin contraprestación económica alguna, su mitad indivisa de la finca registral sita en la localidad de Denia, impidiendo a los perjudicados la ejecución de sus créditos.* Nuria prestó voluntariamente su colaboración a la fraudulenta transmisión, siendo consciente de las ilícitas intenciones de Juan Ramón.

4. La sentencia de instancia condena a *Juan Ramón como autor del delito de abandono de familia a la pena de 14 fines de semana y a 1 año y 6 meses por el delito de alzamiento de bienes, absolviéndole del delito de abandono de familia del artículo 226 del Código Penal, y a Nuria a la pena de 1 año y 6 meses por el delito de alzamiento de bienes*, y abono de costas, incluidas las de la acusación particular, más las accesorias correspondientes. *Por vía de responsabilidad civil el acusado Juan Ramón indemnizará en la cantidad de 1.980.000 pesetas con los intereses legales* del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se declara la nulidad de la transmisión de la mitad indivisa de la finca registral de Denia, efectuada por el acusado a la acusada el día 23 de enero de 1998.

5. Juan Ramón y Nuria interponen recurso de casación, con un único motivo, infracción de los artículos 227<sup>48</sup> y 257<sup>49</sup> del Código Penal.

6. La acusación particular en nombre de Lucía y Hugo, recurre invocando infracción, por aplicación

<sup>45</sup> Entre las causas que se citan en el artículo 97 CC se encuentran las siguientes:

1º. Los acuerdos a que hubiesen llegado los cónyuges.

2º. La edad y estado de salud.

3º. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4º. La dedicación pasada y futura a la familia.

5º. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6º. La duración de matrimonio y de la convivencia conyugal.

7º. La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8º. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

De otra parte, dispone el artículo 100 CC que “fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge”.

<sup>46</sup> Dispone el artículo 85 CC que “el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, ... por el divorcio”.

<sup>47</sup> Como así disponen los artículos 92 y 94 CC.

<sup>48</sup> Dispone el artículo 227 del vigente Código Penal: “1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana... 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”. Precepto modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004, y será castigado “con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”.

<sup>49</sup> Según el artículo 257, “1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1º. El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. 2º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación”.

indebida de los artículos 226<sup>50</sup>, 229 y 132 del Código Penal, en relación con el artículo 154 del Código Civil e inaplicación de los artículos 24 y 39.1, 2 y 3 de la Constitución. Así como, se invoca error en la apreciación de la prueba de los documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador al no haber apreciado el Tribunal de instancia en vez de un delito de abandono de familia por incumplimiento de las prestaciones económicas a favor de su cónyuge e hijos fijadas por el Juez, un delito de abandono de familia por incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherente a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar.

La cuestión central gira en torno a la interpretación y aplicación de los artículos 226 y 227 del Código Penal de los que se invoca, por ambas partes en el recurso, infracción por aplicación indebida.

Preceptos de los cuales observamos una serie de coincidencias que demuestran un tratamiento unificador, tales como que; sistemáticamente se encuentran ubicados en el Código Penal dentro del Título destinado a regular los “delitos contra las relaciones familiares” y, más concretamente, en el capítulo relativo a los derechos y deberes familiares; por otra parte es casi absoluta la coincidencia de penas entre las figuras del artículo 226 y 227<sup>51</sup> y por último también abona esta línea unificadora, la identidad de requisitos de procedibilidad -todos estos delitos requieren denuncia previa- conforme al artículo 228. Pero quizás el principal argumento, lo constituye la naturaleza común de las prestaciones cuyo incumplimiento puede dar lugar a la realización de los tipos contenidos en los artículos 226 y 227. En ambos casos, aquellas prestaciones tienen su origen en una relación familiar y se trata además, de obligaciones impuestas por la legislación civil para garantizar las condiciones mínimas de bienestar de los miembros más desfavorecidos o vulnerables de la relación familiar. En otros términos, abandono de familia (artículo 226) e impago de pensiones (artículo 227) comparten los caracteres genéricos de sus respectivos objetos materiales; en los dos supuestos se trata de prestaciones asistenciales surgidas en el ámbito de una relación familiar<sup>52</sup>.

El Tribunal Supremo ateniéndose al relato fáctico de la sentencia de instancia, afirmando, que debe ser respetado, considera que en la conducta de Juan Ramón se da el elemento objetivo generador del delito de abandono de familia por impago de las prestaciones económicas impuestas en la sentencia de divorcio, artículo 227 del Código Penal, por cuanto el acusado, dejó de pagar, en un tiempo que supera los dos meses consecutivos, las prestaciones económicas que habían sido fijadas en la sentencia de divorcio, además de concurrir el tipo subjetivo, es decir, la comisión dolosa, lo que presupone el conocimiento de la situación generadora del deber y la capacidad económica para hacerle frente. E insiste en que nada más se dice en el relato fáctico de la sentencia de instancia, respecto al incumplimiento de otros deberes familiares o de asistencia a sus hijos, lo que no permite la subsunción típica que se interesa, la de un delito de abandono de familia por incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar<sup>53</sup> o la de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida<sup>54</sup> (artículo 226 del Código Penal).

La condena a Juan Ramón como autor del delito de abandono de familia (artículo 227 del Código Penal) es de 14 arrestos de fin de semana y se absuelve del delito de abandono de familia del artículo 226 del Código Penal.

En este punto, queremos poner de manifiesto que nos encontramos ante un supuesto donde la sentencia de divorcio había impuesto al acusado, el deber de pagar varias prestaciones económicas a distintos beneficiarios: Lucía, ex-cónyuge, y dos hijos, Jesús y Roberto, y las incumple en su totalidad -45.000 pesetas-. Nos encontraríamos ante un concurso ideal de delitos, pues se están realizando tantos delitos de impago de pensiones como beneficiarios distintos existen. Solución que tiene su fundamento en que cada prestación da lugar a un deber específico de actuar<sup>55</sup>. Por otro lado, es necesario resaltar el hecho de que el impago, en este caso, se ha prolongado durante 44 mensualidades, habiéndose castigado por un único delito de impago de pensiones, lo que también resulta crítica-

<sup>50</sup> Dispone el artículo 226 del vigente Código Penal que “1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”. La entrada en vigor el día 1 de octubre de 2004 de la Ley Orgánica 15/2003 por la que se modifica el Código Penal, supondrá la modificación del apartado 1 del artículo 226 en el sentido de castigar “con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses”.

<sup>51</sup> Con todo, hay una diferencia importante entre ambas figuras, y es la posibilidad que contempla el art. 226.3 de aplicar al infractor la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar. A pesar de encontrarse los hijos entre los sujetos pasivos del art. 227, este precepto no prevé esta pena específica. Vid. LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos de abandono e impago de pensiones*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2001, pág.67

<sup>52</sup> LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, pág. 68.

<sup>53</sup> Delito en el que la intervención punitiva queda restringida a los deberes encaminados a velar por la persona del menor, en concreto quedan incluidos, el deber genérico de procurarle alimentos, educación y una formación integral. Se trata, en todo caso, de deberes que vienen impuestos en la legislación civil por el art. 154 CC, para el ejercicio de la patria potestad.

<sup>54</sup> Situación típica que concurre cuando el descendiente se encuentra necesitado, lo que incluye la prestación de lo indispensable para el sustento, habitación y asistencia médica, así como la educación e instrucción del alimentista cuando fuere menor de edad y los gastos de embarazo y parto (art. 142 CC). En estos casos, a diferencia del primer inciso del art. 226 CP, la ley no pretende evitar a los sujetos pasivos el peligro de desamparo, sino que interviene precisamente cuando esa desasistencia material ya existe y lo hace para impedir que se profundice hasta el punto de poner en serio peligro su integridad personal. En ese sentido LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, pp. 45 y 46.

<sup>55</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, P., *idem*, pp. 100 y ss.; BERNAL DEL CASTILLO, *El delito de impago de pensiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 95.

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

ble no sólo por beneficiar al incumplidor pertinaz, frente a quien solo deja de pagar durante lapsos cortos de tiempo, sino, sobre todo, porque repercute negativamente sobre el efecto preventivo del delito, ya que para quien está decidido a no pagar es igual no hacerlo por dos meses o por periodos mucho más prolongado<sup>56</sup>, como ocurre en el presente caso, en el que si bien no se contempla pluralidad delictiva, no se impone el mínimo previsto en el ley de ocho fines de semana, solución por la cual optan mayoritariamente los jueces con independencia de la mayor o menor duración del incumplimiento, sino una pena de catorce fines de semana.

Por último, y como es frecuente, el acusado crea la propia situación de insolvencia a través de una conducta encuadrable en el delito de alzamiento de bienes, por cuanto de acuerdo con la otra acusada, realizó una disposición patrimonial que dificultó o impidió la eficacia de los procedimientos iniciados o que se hubieran podido iniciar para exigir el pago de las prestaciones familiares a que venía obligado y a las que no hizo frente. Concurren, pues, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de alzamiento de bienes. (BLANCA SILLERO CROVETTO. PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

### SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SAN SEBASTIÁN DE VEINTISIETE DE JUNIO DE DOS MIL TRES. DELITO DE ACOSO SEXUAL AGRAVADO POR SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD LABORAL.

/.../

#### ANTECEDENTES DE HECHO

/.../

Probado y así se declara que en el mes de marzo de 1999 Juan Antonio, mayor de edad y cuya hoja histórico penal no obra en autos, era Inspector-Jefe del Cuerpo Nacional de Policía en San Sebastián, siendo destinada en esas fechas al Grupo Segundo de la VI Unidad de Intervención Policial en su condición de agente de dicho cuerpo, D<sup>a</sup> Irene, quedando bajo la dependencia jerárquica del Sr. Juan Antonio que desempeñaba la jefatura de dicha unidad.

Desde el momento de su incorporación a dicha unidad el acusado comenzó a requerir a la Sra. Irene para que mantuviera relaciones sexuales con el mismo, para ello indicaba a la misma que su incorporación al grupo había sido con su intervención y que si accedía a sus pretensiones se encargaría de que obtuviera dietas por salidas a otras ciudades, más días de descanso, permisos, facilidades para ascender y en caso contrario le señalaba que se convertiría en su enemiga, con lo que ellos suponía en la relación jefe -subordinada, de adscripción a peores servicios, etc.

El acusado, tanto a solas como en compañía de terceras personas, efectuaba comentarios de carácter vejatorio en relación a la anatomía de la misma y su menstruación, lo que afectaba a las relaciones de la Sra. Irene con los restantes miembros de la unidad. Igualmente en el Acuartelamiento del El Beloso en la localidad de Pamplona y en el curso de una comida en la que participaban miembros de la unidad el acu-

sado propinó un manotazo en los glúteos a la Sra. Irene .

Consecuencia de lo anterior la Sra. Irene sufrió un trastorno adaptativo con ansiedad crónico 309.21 y un síndrome de hipoactividad cortical en regiones anteriores en situación basal de reposo, con hiperactividad generalizada ante estímulos, para cuya sanación ha sido precisa la aplicación de tratamiento médico.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La presunción de inocencia presenta las siguientes características, indicadas, como se recoge entre otras, en sentencia del T.S. de 20 de septiembre de 2001.: a) El derecho fundamental a la presunción de inocencia es un derecho reaccional y por ello no precisado de un comportamiento activo por parte de su titular . Así resulta del artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; del artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, según el cual “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley”; y del artículo 6.2 del Convenio para la protección de los Derechos

<sup>56</sup> Así LAURENZO COPELLO, P., *idem*, pág. 102, quien afirma que “las características del delito de impago de pensiones -en su vertiente del artículo 227.1 CP-, cuya esencia reside en el incumplimiento de una prestación mensual durante un periodo de tiempo fijado en la ley, habla a favor de admitir la concurrencia de tantos delitos como intervalos legales se hayan producido”. Vid. en este sentido PÉREZ MANZANO, “El impago de prestaciones económicas a favor del cónyuge y/o hijas e hijos”, en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde, Vitoria, 1998, pág. 235 y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 301.

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Humanos y Libertades Públicas, conforme al cual: "toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. De tales textos resulta la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado y así se declara en la jurisprudencia tanto del T.C. como del T.S entre otras, sentencia de este último, 20 de mayo de 1996, lo que es consecuencia de la norma contenida en el artículo 1251 del Código Civil, al tener la presunción de inocencia la naturaleza "Juris tantum".

b) Su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término "culpabilidad" (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico- penal (sentencias del T. S, entre otras, de 9 de mayo de 1989, 30 de septiembre de 1993 y 1684/1994, de 30 de septiembre). Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (sentencias del T. C., entre varias, la núm. 195/1993).

c) Sólo puede considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que reúna las condiciones siguientes:

1) Que sea obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente conforme requiere el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2) Que se practique en el plenario o juicio oral, o en los supuestos de prueba anticipada o preconstituida, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción (sentencias del T.C. 76/1990,138/1992,303/1993, 102/1994 y 34/1996).

d) Supone en trance casacional (o en su caso de amparo constitucional), si se cumplen las anteriores exigencias, únicamente la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que incumbe privativamente al Tribunal propiamente sentenciador o de instancia en virtud de lo dispuesto en los artículo 117.3 de la Constitución y 741 de la L.E.Crim; y así lo recuerda una copiosa doctrina jurisprudencial del T.C.

SEGUNDO.- Inicialmente deberán delimitarse las plataformas que se articulan por las partes y así el Ministerio Fiscal califica los hechos como un delito de acoso sexual del art. 184-1º-2º del C.P. en concurso ideal con

un delito continuado de lesiones de los arts. 74 y 147-1º del C.P. y subsidiariamente, en el acto del juicio modificó sus conclusiones introduciendo como alternativa al segundo de los delitos anteriores las lesiones por imprudencia grave del art. 152-1º-1 del C.P.

Por su parte, la Acusación Particular integra los hechos en los siguientes tipos penales:

1) Un delito de acoso sexual del art. 184-1º en relación con el art. 184-2º y 184-3º del C.P.

2) Delito de lesiones del art. 174 del C.P.

3) Delito de amenazas del art.169 del C.P.

4) Delito contra la integridad moral del art. 173 del C.P.

5) Abuso en el ejercicio de la función de los funcionarios del art. 443 del C.P.

La Defensa solicita la absolución y el Responsable Civil Subsidiario igualmente solicita la absolución y en cuanto a la indemnización manifiesta que no está justificada la cuantía reclamada.

**TERCERO.-** Fijados los tipos penales en el que queda establecida la acusación, deberá analizarse la prueba practicada, en orden a establecer si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

En cuanto a la prueba deberá mencionarse que con carácter general es cierto que el Tribunal Supremo viene recogiendo una reiterada doctrina sobre la eficacia probatoria de la declaración de la víctima cuando constituye la única prueba de cargo.

Así, entre otras muchas, en las sentencias de 20 de octubre de 1999, 22 de abril de 1999 y 13 de febrero de 1999, se expresa que aunque en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo al marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1.- ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento u otro interés de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar incertidumbre.

2.- verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que constituye una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora, particular o perjudicada civilmente en el procedimiento(arts. 109 y 110 LECrim).

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

3.- persistencia en la incriminación. Esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad .

En el acto del juicio, el acusado refiere que conoció a la testigo en primavera de 1988, que era el jefe de grupo de la unidad de intervención, que para acceder a dicha unidad, que es una unidad especial hay que superar pruebas específicas y que él no podía intervenir en dichas pruebas.

Que ella venía de Barcelona, que tenía con ella una relación normal, en el grupo había 40 personas y dos mujeres.

Que no le propuso tener relaciones sexuales ni mejorar las condiciones laborales, no ha hecho comentarios sobre sus pechos y en relación a la menstruación, en Barcelona su jefe le dijo que estaba mal, le dolía el vientre y le dijo que descansara y otra vez en su despacho señaló Irene que le dolía el vientre y que él le dijo si tenía la menstruación

El comentario en Calella lo hizo otro funcionario y lo de El Beloso fue un gesto involuntario y ella no le reprochó en ese momento, al día siguiente que no tenían servicio, salieron varios compañeros, también Irene .

Que solo coincidieron en la furgoneta dos veces, cuando fueron a Barcelona, porque ella conocía la ciudad, y otra vez en Pamplona.

El cambio de subgrupo se encuentra entre sus atribuciones y las llamadas, en concreto, 11 a su móvil, desde su móvil que era oficial, eran por cuestiones de servicio y le llamó a las 2,50 para retirar un servicio, llama a Irene porque el Jefe de su grupo no tenía teléfono.

Que en relación a los expedientes de Irene, que antes de denunciar los hechos fue sancionada estando él en Palma de Mallorca y después de denunciar se le abren tres expedientes y él no dio cuenta para la apertura de los mismos. Y que no asignó al equipo de mando a Irene porque no le interesaba, le interesaba tener una mujer en cada subgrupo.

/.../

La testigo, en el acto del juicio, ratifica la denuncia, que llegó a San Sebastián el 4 de marzo de 1999, durante unas semanas vivió con Paloma, una compañera, y luego fue al acuartelamiento, a las pocas semanas las solicitudes empezaron, se creo una porra para saber su peso, al principio empezó con halagos y le dijo que había venido a San Sebastián por sus

gestiones y que tenía que agradecerle y pagarle acostándose con él, ante su negativa le propuso sexo oral. En Pamplona estaba bailando se le acercó y le hizo dos rozamientos, el primero en la espalda y le paso el dedo y le pasó el dedo del hombro al codo.

En una comida en el Beloso, estaba a su lado, le estaba dando de beber y le pegó una palmada al levantarse y que le dijo Jefe que esto no vuelva a suceder. Le ofreció salidas con dietas y dejarle el coche camuflado con gasolina.

Le cambiaba continuamente de subgrupo y en la furgoneta todas las conversaciones de índole sexual, que en la oficina una vez efectuó el comentario de "ésta a cuatro patas tiene que estar de vicio" lo hizo el acusado, ella le oyó al salir y quedarse a leer un documento. Los hechos cesan el 21 de enero cuando denuncia los hechos al Comisario Benjamín .

Le llamaba para comer, cenar y para tomar copas, le ponía disculpas, no le llamaba para instrucciones laborales, eran llamadas personales, las órdenes se las daba el subinspector, que cree que todos tenían móvil, no sabe si su oficial tenía móvil, que el móvil del Sr. Juan Antonio se usaba para emitir órdenes.

Que puso los hechos en conocimiento del subinspector Juan y hablan con el inspector Clemente en junio de 1999. Tras presentar la denuncia, en cuatro días se le abrieron 3 expedientes.

Que al solicitar la instancia del curso para la unidad de intervención puso en primer lugar San Sebastián, luego hizo gestiones para no venir porque no seguía la relación con el compañero de San Sebastián.

Que le denegaba los permisos continuamente, en el mes de julio y agosto de 2000 por exceso de horas.

- Que ha estado en tratamiento psicológico en Bilbao, que al ir a Barcelona mejoró y al verle el 14 de enero se volvió a ir abajo, que al conocer el señalamiento volvió a sentirse baja.

Así se mencionará que en la denuncia judicial, con fecha 15 de junio de 2000, D<sup>a</sup> Irene hace mención concreta a los siguientes hechos:

- Que toma posesión en la VI Unidad de Intervención Policial, Segundo Grupo, de la Policía Nacional el 4/3/99 y que al mando de dicha unidad se encontraba el acusado.

Que el acusado le manifiesta que él ha sido el artífice de que estuviera en dicha unidad, por lo que debería corresponderle con un favor.

- Que reiteradamente le proponía mantener relaciones de carácter sexual con él, y ante sus negativas, le ofrecía una alternativa más suave, como era el sexo oral, a cambio de vivir mejor en el grupo, más descanso, facilidades para ascender, dietas de salidas etc.

- Alabanzas ante los compañeros de su físico, forma de vestir, maquillaje.

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

- Le apartaba del grupo llevándole a su furgoneta o a solas con él en el vehículo Zeta del grupo.
- Cambio de turnos libre de sábado cuando su compañero sentimental estaba en la ciudad.
- Halagos cuando estaba a solas, sin tocamientos.
- En el acuartelamiento de El Beloso le propinó una palmada en el culo intencionalmente.

Al rechazar sus propuestas, hechas bajo amenazas de represalias de tipo laboral fueron más fuertes en el período de julio de 1999 hasta finales del mes de diciembre del mismo año, período en el que el acusado se ausentó de la provincia y la denunciante disfrutó de vacaciones en el mes de septiembre, a finales del año 1999 las presiones y acoso fueron de mayor intensidad no solo hacia ella sino hacia su pareja destinado en Barcelona, por lo que puso los hechos en conocimiento de sus superiores en escrito de enero de 2000.

/.../

Por tanto, a la vista de las declaraciones testificales absolutamente contradictorias vertidas en el acto del juicio, que son reflejo de la situación de conflictividad laboral subyacente, y que no permiten clarificar el núcleo fundamental del tipo penal objeto de acusación, la solicitud de favores sexuales, dada la esfera privada en la que se producen será determinante examinar las manifestaciones de la testigo para establecer si las mismas pueden articular la prueba de cargo necesaria para destruir la presunción de inocencia y que deberán valorarse a la luz de la doctrina jurisprudencial anteriormente señalada.

En primer lugar en cuanto a los motivos que puedan afectar a la incredulidad de la testigo a la existencia de móviles espúreos que pudieran influir en su declaración, no puede dejar de mencionarse que si bien los hechos se desarrollan en un ambiente laboral con conflictos derivados de la propia naturaleza y máxima exigencia del trabajo que desempeñan, dicha circunstancia no se ha negado por ninguna de las partes y difícilmente la misma pudiera determinar la actuación de la testigo, tanto en la esfera administrativa como penal, de la entidad y gravedad como la que se produjo, con las graves consecuencias que de la misma pudieran derivarse y que la testigo podía prever por su condición de policía.

En cuanto a los datos objetivos se obtienen fundamentalmente de las manifestaciones en el juicio de la psicóloga que atendió a la testigo y que le efectuó diversas pruebas, la primera de ellas en fecha 28 de marzo de 2000, que expone la compatibilidad de los síntomas que presentaba con la situación de acoso que describía.

Así como de la pericial del médico forense que señala que la testigo es una persona normal, no conflicti-

va, que el tema para ella es muy penoso, sin que pueda apreciarse neurosis o alteración alguna en la misma.

Todo lo que ha de analizarse con la persistencia en la actuación de la testigo que denuncia los hechos en los sindicatos profesionales, ante su superior y mantiene su declaración en el expediente y en la vía judicial. Por todo ello ha de estimarse que dicho testimonio tiene entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia.

**CUARTO.-** Establecido lo anterior deberá examinarse los tipos penales y plataformas acusatorias cuya aplicación al caso concreto se propugna por las acusaciones, comenzándose con el examen del delito de acoso sexual del art. 184 del C.P.

El delito de acoso sexual se introduce en nuestro ordenamiento penal con el C.P. de 1995 y se modifica su redacción por la reforma operada por la ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril.

La reforma ha venido a incorporar, como supuesto básico del delito de acoso sexual, la modalidad que la doctrina suele denominar como acoso sexual ambiental, que no requiere el aprovechamiento de una situación de superioridad, siendo suficiente que la solicitud de contenido sexual hubiera provocado en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante y este tipo básico se presenta agravado cuando se hubiera cometido prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o con el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito laboral de la indicada relación y asimismo incorpora como un supuesto agravado aquellos supuestos en los que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de edad, enfermedad o situación.

La exigencia típica referida a que la conducta del sujeto activo consiste en una solicitud de una favor sexual, para sí o un tercero, impide la consideración de acoso sexual de aquellos comportamientos o conductas, de naturaleza sexual, que no supongan una solicitud de esa naturaleza, aunque objetivamente creen una situación objetiva y grave de humillación, hostilidad e intimidatoria.

En el tipo penal se exige la producción de una situación objetiva y grave de una situación hostil, intimidatoria o humillante.

Esta exigencia hace que la definición de acoso sexual en el C.P. sea mucha más restrictiva que la que acoge el ordenamiento laboral y administrativo y quedan fuera de la tipicidad penal otros comportamientos también ofensivos que puedan darse en el ámbito de las relaciones especiales en las que el Código sitúa la

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

acción típica y conforme al principio de intervención mínima sólo las conductas más graves se integran en el ámbito penal.

El núcleo de la conducta típica es la petición a otra persona de un “favor de naturaleza sexual”, solicitud que puede efectuarse en cualesquiera de las formas de comunicación verbal, escrita o mímica, excluyendo los actos que supongan contacto corporal que se integrarían en otros tipos penales.

También se exige que la conducta se efectúe en un determinado ámbito y que dicha conducta provoque una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, es decir, la conducta típica ha de derivar un resultado, que tras la reforma de 1999 ha de ser grave.

Ello ha planteado en la doctrina discrepancias entre si esta situación constituye el resultado típico o nos encontramos ante una condición objetiva de penalidad, lo que enlaza con la configuración del tipo como un delito de resultado o de mera actividad.

La mayoría de la doctrina ha concluido que el delito de acoso sexual es de mera actividad y por ello no es necesario que el sujeto busque la situación objetiva y grave de hostilidad, humillación o intimidación, aunque, como condición objetiva de penalidad, ha de concurrir para la sanción de la conducta como delito de acoso sexual.

En el epígrafe segundo del art. 184 del C.P. se describe el “acoso de prevalimiento” y también de “intercambio” en que lo característico es que un superior, jerárquico o funcional, realice la solicitud de un favor de naturaleza sexual, prevaleándose de la situación de superioridad, con el ánimo expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pudiera tener en el ámbito de la relación. Y este anuncio de un mal relacionado con las legítimas expectativas que pudiera tener, constituye la condición del acoso sexual de intercambio.

El Ministerio Fiscal, también imputa al acusado un delito de lesiones, bien en su modalidad dolosa, o alternativamente, culposa.

Ello plantea el problema de si la figura delictiva del acoso sexual, tal y como esta configurado y la conexión que mantiene con otras conductas delictivas, amenazas, coacciones, delito contra la integridad física o moral etc. desplaza a estas por ser de aplicación especial, y por ende, preferente.

En este supuesto nos hallaríamos ante un supuesto de concurso ideal, se trataría de un solo hecho que constituye dos o más infracciones (TS. sentencia de 7 de abril de 1999).

Si bien el art. 147 del C.P. configura al delito de lesiones como un delito de resultado, y exige que se de relación de causalidad entre la acción y el resultado,

entendida la misma como causalidad eficiente y relevante y que el resultado sea la consecuencia natural y lógica del comportamiento del agente.

Ello supondría en el caso concreto la conciencia por parte del autor o en su caso, la representación como posible del peligro que su conducta de hostigamiento sexual representaba para la producción del resultado de lesión psíquica.

Y tendrían encuadre en el tipo penal de las lesiones y en el de enfermedad no sólo los daños físicos derivados de una agresión material, sino también otra forma de agresión que producen padecimientos o secuelas psíquicas, tesis acogida en la redacción actual de dicho precepto.

Partiendo de esas premisas deberá, atendiendo a la amplitud de la redacción del precepto, del delito de acoso sexual, en casos como el que nos ocupa, en que se daría una lesión psíquica sin que haya mediado violencia física (trastornos adaptativos de carácter depresivo, secuelas de estrés posttraumático etc) que debemos entender incluidos, abarcados en las consecuencias extratípicas del hecho, es decir, las consecuencias psíquicas derivadas del acoso sexual en cuanto no integrarían una situación autónoma y permanente desligada de la situación de acoso, sino de la propia situación hostil, humillante que integra el núcleo de la conducta prevista en el acoso, que hacen que queden consumidas en el delito ex art. 8-3º del C.P.

Iguals argumentos son de aplicación al delito de amenazas del artículo 169 del CP., de manera autónoma debe rechazarse su tipificación, dado que conductas de imposición integran el tipo penal del acoso sexual, pero no concurren los elementos definidores del citado tipo penal, máxime cuando en la figura agravada se previene conducta de la causación de un mal, y, por ello, se produce la consumación al igual que en el supuesto anterior.

Además, del examen de los hechos descritos en la calificación de la Acusación Particular y que integran la misma no se enuncia conducta alguna incardinable en el tipo penal de las amenazas.

Tampoco puede entenderse de aplicación el delito contra la integridad moral del artículo 173 del CP. Ese precepto se sitúa sistemáticamente en el título relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral, por lo que el bien jurídico protegido se refiere a la integridad moral, cuando la finalidad de la conducta que se imputa al acusado y se describe en los escritos de calificación tiene una clara y evidente connotación sexual y su tipificación específica en el delito contra la libertad sexual.

Y en el mismo sentido debe excluirse de aplicación el artículo 443 del CP. relativo a los funcionarios públicos y que se refiere a los requerimientos efectuados

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

por éstos a personas con pretensiones pendientes ante aquél o de las que debe informar y cuyo bien jurídico protegido se refiere al correcto funcionamiento de las administraciones públicas. Y por ello, debe prevalecer el tipo penal específico del artículo 184 del CP.

**QUINTO.-** Por lo que habiéndose concretado la acusación en el tipo penal del acoso sexual deberá de analizarse si la conducta descrita en sus manifestaciones por la testigo se integra en dicho tipo penal.

En el mismo se estructura un tipo básico, que consiste en la solicitud de favores sexuales en el ámbito de una relación de prestación de servicios continuada y habitual, siempre que tal comportamiento provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

En cuanto a la modalidad agravada se requiere la presencia de los siguientes elementos:

- Que se soliciten favores de naturaleza sexual. Este requisito queda cumplido cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado, cuando dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre.
- Que el sujeto se prevalezca de una situación de superioridad laboral, docente ó análoga.
- Que anuncie al sujeto pasivo, de modo expreso o tácito, que de no acceder puede causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

A estos elementos habrá de añadir, al no ser posible la conducta imprudente, que el dolo del sujeto abarque todos los componentes que se dejan reseñados y especialmente el aprovechamiento consciente de su situación de superioridad (T.S. sentencia de 23 de junio de 2000).

De las manifestaciones de la testigo se desprende que desde su llegada a la unidad el acusado le solicitó favores sexuales en todo momento prevaleciendo de la situación de superioridad que derivaba de su posición de superior de la misma, generando con su actuación una situación de hostilidad hacia la testigo por parte de los demás integrantes de la unidad.

Dicha situación y consecuencias se describen en el informe que se aporta en autos que ha sido ratificado por la psicóloga, D<sup>a</sup> Mónica, que refleja en el apartado de conclusiones, que la testigo presentaba un trastorno adaptativo con ansiedad que requiere tratamiento farmacológico y psicoterapia. La causa sería el conflicto laboral que entraba en conflicto con su propia feminidad, baja autoestima que se relacionaba con su condición de mujer, y ello se debía al matiz

sexual de los problemas que tenía y que cree que tenían una causa objetivo, se le pasaron test y cuestionarios, ella trataba de minimizar el problema, cree la perito que en un intento de superarlo por sí misma y que definiría a la testigo como una persona normal, no conflictiva.

En los mismos términos se pronuncia el médico forense. Por lo que deberá de concluirse que dicha sintomatología deriva de la situación en la que se hallaba la testigo, plenamente integrable en el tipo penal del art.184-1-2 del C.P.

**SEXTO.-** De dicho delito es responsable en concepto de autor, el acusado, de conformidad con el art.28 del C.P., sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

**SÉPTIMO.-** En orden a la aplicación de la pena deberá de acudirse a las reglas dosimétricas contenidas en el art.66 del C.P. partiendo de la pena base prevista en el art.184-1-2 de, arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

Y para la individualización de la pena se tendrá en cuenta que no concurre circunstancia modificativa alguna, por lo que ex art. 66-1 del C.P. la pena deberá individualizarse imponiendo la señalada en la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

En el caso concreto deberá individualizarse la pena en la multa de seis meses con una cuota de seis euros diaria, al no conocerse las circunstancias a las que se refiere el art. 50-5 del C.P.

**OCTAVO.-** La responsabilidad penal llevara aparejada la responsabilidad civil de conformidad con el art. 109 y siguientes del C.P.

Por el Ministerio Fiscal se fija la indemnización en 6.010 euros y por la Acusación Particular se solicita se fije la suma de 30.000 euros en concepto de indemnización.

Y tanto por el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular se solicita el establecimiento de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

En este supuesto ha quedado acreditado que Sra. Irene sufrió un trastorno adaptativo con ansiedad y un síndrome de hipoactividad cortical en regiones anteriores en situación basal de reposo, con hiperactividad generalizada ante estímulos, necesitando tratamiento médico.

Por tanto, no persiste secuela alguna en este momento en que el médico forense manifiesta que la testigo es una persona normal, por lo que en la indemnización únicamente deberá de reseñarse el daño moral que habrá de fijarse en 3.000 euros.

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

**NOVENO.-** En cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, (...) no procede establecer la responsabilidad subsidiaria del Estado.

**DÉCIMO-** Las costas se impondrán al responsable penal, de conformidad con el art.123 del C.P. y 240-2 de la L.E.Criminal.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

### FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Juan Antonio como responsable en concepto de autor de un delito del art.184-1-2 del C.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses multa con una cuota diaria de seis euros y a que indemnice a Irene en 3.000 euros y al abono de las costas.

Frente a esta resolución cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala del Tribunal Supremo, preparándose ante esta Audiencia dentro del plazo de cinco días, computados desde el siguiente al de la notificación de la sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Piqueras Valls.- Juana M<sup>a</sup> Unanue Arratibel.- Ana Moreno Galindo.

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.

### COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SAN SEBASTIAN, DE 27 DE JUNIO DE 2003.

La sentencia que comentamos versa sobre el delito de acoso sexual tipificado en el art. 184 CP. Como es sabido, este tipo penal se introduce en nuestro ordenamiento jurídico con el Código Penal de 1995 y desde entonces su redacción ha sido objeto de diversas modificaciones. La primera de ellas, realizada mediante la LO 11/1999, de 30 de abril, amplía las conductas constitutivas de este delito, tipificando como delito de acoso sexual no sólo el requerimiento de favores de índole sexual que se produce con prevalimiento de la situación de superioridad en la que se encuentra el autor respecto de la víctima, consecuencia de la relación laboral, docente o de prestación de servicios que vincula a ambos, sino también el que

se produce sin que medie tal aprovechamiento, siendo suficiente con que dicha solicitud de favores sexuales genere en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Recientemente, a través de la LO 15/2003, de 26 de noviembre, se han modificado las penas previstas para este delito, aunque al tratarse de una reforma que se produce con posterioridad al momento en que se dicta esta sentencia, no ha podido ser tenida en cuenta en ningún caso por el órgano juzgador.

Esta sentencia presenta, a nuestro juicio, un doble interés. De una parte, la propia temática sobre la que versa, el delito de acoso sexual y ello en la medida en que no suelen abundar las sentencias penales que se pronuncian sobre este delito. Como se ha destacado, el número de estas sentencias resulta mínimo si se pone en relación con los estudios de campo sobre acoso, al tratarse de un comportamiento que escasamente es objeto de denuncia, y que se resuelve normalmente por la vía de hecho (marcharse del trabajo) o en sede social -y no penal<sup>57</sup>.

De otra, el valor probatorio que la Audiencia Provincial otorga a la declaración inculpativa de la víctima, considerándola apta para provocar la condena del autor. La comisión del delito de acoso sexual presenta unas características particulares, comunes, por lo demás, con los delitos contra la libertad sexual, y que tiene una incidencia destacada en la prueba de tales delitos. En efecto, se trata de delitos que suelen cometerse en la <<clandestinidad>>, por tanto, en ausencia de testigos y cuando tales testigos existen, como ocurre en este caso, la relación laboral que vincula al agresor, la víctima y los testigos, afecta, o puede afectar, a la validez de tales testimonios. La sentencia analizada constituye un buen ejemplo de lo anterior, dado que las declaraciones testificales realizadas en el juicio oral resultan absolutamente contradictorias entre sí, lo que no es sino un reflejo de la situación de conflictividad laboral subyacente, tal y como destaca la Audiencia Provincial, y que le impide tener en cuenta tales testimonios a efectos probatorios. Por ello, en numerosas ocasiones la cuestión probatoria radicará en la validez que quepa otorgar a la propia declaración de la víctima. Esto es lo que ocurre en el presente caso. Aquí, la Audiencia Provincial no hace sino aplicar la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. De acuerdo con ésta, la declaración de la víctima es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, fundamentando una sentencia condenatoria, cuando concurren los siguientes requisitos que han de ser valorados expresamente por el Tribunal sentenciador: 1º La ausencia de incredulidad subjetiva, derivada

<sup>57</sup> María José Varela Portela, *Mujer y Justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, Cedecs, Barcelona, 2002, pág. 71.

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

de las relaciones entre acusador y acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento u otro interés de cualquier índole que prive a la declaración de la víctima de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones

periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que constituye una declaración de parte; 3º persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

### SENTENCIA DEL JUTJAT PENAL Nº 3 DE BARCELONA, DE DOCE DE ENERO DE 2004, QUE CONDENA AL IMÁN DE FUENGIROLA, POR DELITO DE APOLOGÍA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Vistas por Juan Pedro Yllanes Suarez, Magistrado Juez titular del Juzgado de lo penal número 3 de Barcelona, en juicio oral y público, las presentes actuaciones de procedimiento abreviado num. 276/03-C procedentes del Juzgado de Instrucción número 29 de Barcelona, incoadas por un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales contra Mohamed K. M., mayor de edad, defendido por el letrado D. José Luis Bravo García, habiendo intervenido como acusación popular la Federación de asociaciones de Mujeres separadas y divorciadas, el Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid y la Asociación de asistencia a mujeres agredidas sexualmente, debidamente representadas y defendidas por la letrada Dña. Maria José Varela Portela y como acusación pública el Ministerio Fiscal.

#### Antecedentes Procesales

**PRIMERO.** Las presentes actuaciones tienen su origen en las diligencias previas incoadas en el Juzgado de Instrucción nº 29 de Barcelona iniciadas por querrela de las representantes legales de la Federación de asociaciones de mujeres separadas y divorciadas, del Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid y de la Asociación de asistencia a mujeres agredidas sexualmente de fecha 21 de julio de 2000.

**SEGUNDO.** Tramitado el procedimiento por los cauces legalmente previstos por el Juzgado instructor en averiguación de las circunstancias fundamentales de los hechos imputados y de las personas responsables de los mismos se dio traslado de las diligencias a la acusación popular y al Ministerio Fiscal que formularon escritos de conclusiones en fechas 13 y 29 de mayo de 2003 contra Mohamed K. M. como presunto autor de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales, previsto y penado en el artículo 510 1º del vigente Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad,

solicitando, respectivamente, las penas de dos años de prisión y multa de diez meses con cuota diaria de 60 y de tres años de prisión y multa de doce meses con cuota diaria de 30, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y al pago de las costas, solicitando, en ambos escritos, el decomiso de los ejemplares del libro "La mujer en el Islam".

**TERCERO.** Abierto el Juicio oral por Auto de 25 de junio de 2003 la defensa presentó escrito de conclusiones provisionales en fecha 7 de julio de 2003 solicitando la libre absolución al no ser los hechos constitutivos de delito.

**CUARTO.** Turnada la causa a este Juzgado y señalando Juicio Oral, se ha celebrado la vista, practicándose como pruebas la declaración del acusado, testifical de Mariam C. F., Jesús F. C., Mowafak K., Jadicha C. C., Miguel A. A., Julia M. C. B., Carmen R. F., Aala A. A. A., Angel L. L. Jamila M. A. y Brahim B. y documental admitida, con el resultado que se refleja en el acta de juicio. Todas las partes elevaron sus conclusiones a definitivas, informando a continuación en apoyo de sus respectivas pretensiones.

#### HECHOS PROBADOS

El acusado Mohamed K. M. viene ejerciendo las tareas de imam en España desde el año 1984 y desarrolla dicha función en la mezquita de Fuengirola desde el año 1992, compaginándola con la dirección del Centro Cultural Islámico Sohail y con la función de asesor religioso de la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas que desempeña desde el año 1997, participando con regularidad en jornadas y cursos sobre teología islámicas, materia en la que es reconocido como experto.

A principios del año 2000 Mohamed publicó un libro de 120 páginas impreso en la La Casa del Libro Ara-

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

be de Barcelona, con número de depósito legal B-15943-99 y una tirada de 1.668 ejemplares titulado "La mujer en el Islam" en el que, tras una breve introducción y en siete partes y una consideración final, se tratan temas diversos como la mujer en el Islam; la mujer en el hogar como madre, hermana, esposa e hija, el papel de la mujer como sujeto activo en la civilización humana, donde se habla de asuntos como a obediencia, el divorcio o el repudio, visión panorámica sobre la vida de la mujer en el Islam, mandatos legales relativos a la mujer con referencia a la menstruación, el parto, la limpieza ritual, la oración, el ayuno o la peregrinación, la poligamia del profeta Mamad, sobre cuyo trato con las mujeres versa la consideración final.

En la cuarta parte de la obra, bajo el título "Cuestiones dudosas", se diserta sobre la poligamia, la herencia, el testimonio, el velo (al-hiyad), la ropa propia de la mujer, la actividad laboral y los malos tratos, ocupando este epígrafe las páginas 85 y 86 del libro en las que se afirma: "¿Tiene el hombre derecho a pegar a su mujer? Esta es una pregunta que, en nuestra calidad de teólogos, hemos escuchado en numerosas ocasiones. Indudablemente se trata de una pregunta malintencionadas o al menos, incompleta. Sería más conveniente formularla de la siguiente manera ¿Cómo debe tratar el marido a su mujer si está se equivoca y como ha de comportarse la mujer cuando el marido comete alguna falta?".

La religión islámica ha decretado los siguientes pasos para la conciliación entre los cónyuges:

Primero: de parte del hombre hacia su mujer:

La exhortación: el diálogo y las palabras serenas, así como la exhortación son la primera vía de conciliación a la que el hombre ha de echar mano para tratar a su mujer rebelde o que se niega a cumplir su débito conyugal.

Si el diálogo sereno y la exhortación no desembocan en el resultado esperado, puede recurrir a otra medida disciplinaria: el abandono. Pero nos referimos únicamente al abandono del lecho matrimonial. Efectivamente, el hombre y la mujer, según las costumbres del Islam, han de pernoctar juntos en la misma cámara y se impide al cónyuge pasar la noche fuera de la habitación que comparte con su esposa para que los hijos no se vean afectados por las discordias de sus progenitores. Pues, siendo el objetivo la manifestación del enfado, la permanencia del hombre dentro de cámara conyugal puede contribuir a disipar las tensiones y favorecer la pronta reconciliación entre la pareja.

La mujer ha sido y sigue siendo objeto de los malos tratos y de las palizas por parte del hombre. Incluso, tanto en los países más avanzados como en los menos

desarrollados, las sevicias contra las mujeres no han desaparecido. Tal vez, las presiones y tensiones provocadas por el ritmo alocado y vertiginoso de la vida moderna tengan algo de culpa en este fenómeno. Pero, existen también bastantes casos de mujeres que maltratan a sus esposos y recientemente ha surgido en Holanda una agrupación llamada la *Asociación de los Esposos Maltratados*.

A nuestro juicio, el vínculo conyugal es una relación que se basa en el mutuo respeto y cuando se viene abajo ese respeto, la vida familiar pierde toda su credibilidad. A lo largo de la Historia humana, las religiones y las legislaciones hasta hoy en día no han conseguido acabar con este fenómeno. Pese a todas las normativas existentes, de carácter legal o no, que denuncian el recurso a los malos tratos, las sevicias siguiendo siendo una realidad cotidiana. Recordemos que el Profeta-la paz sea con él-desaconsejó a una mujer que se casase con un hombre que era conocido por sus vejaciones a las mujeres.

Hemos de reconocer que los ideales trazados por las religiones chocan frontalmente con la realidad imperante, por tanto el Islam interviene para imponer unos límites que convierten la paliza en un simple sufrimiento simbólico sin excesos. Además, el juez o el tutor están habilitados para tomar medidas disciplinarias contra el agresor. Y aunque, se menciona en un versículo coránico el castigo físico no significa que el Islam lo consiente, más bien es una escala de medidas que los hombres pueden tomar contra sus esposas en un sentido positivo y limitándose a su dimensión simbólica a través de una serie de restricciones. Además de la negativa del enviado de Al-lah- la paz sea con él- a consentir el matrimonio de una mujer con el hombre que era famoso por sus maltratos a las mujeres, nunca había pegado en su vida a ninguna de sus esposas.

Algunas limitaciones a la hora de recurrir al castigo físico son:

Nunca se debe pegar en una situación de furia exacerbada y ciega para evitar males mayores.

No se deben golpear las partes sensibles del cuerpo (la cara, el pecho, el vientre, la cabeza, etc).

Los golpes se han de administrar a unas partes concretas del cuerpo los pies y las manos, debiendo utilizarse una vara no demasiado gruesa, es decir que ha de ser fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo.

Los golpes no han de ser fuertes y duros, porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar y maltratar físicamente.

Segundo: De parte de la esposa hacia su esposo (véase la parte del divorcio)

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Gracias a las restricciones y limitaciones anteriormente expuestas, el Islam ha vaciado el castigo físico de significado como medidas represiva y lo convirtió en un puro maltrato de índole psicológico-moral. El propio Profeta jamás había pegado a nadie y cuando algunas mujeres vinieron a denunciar los malos tratos y palizas que les daban sus respectivos maridos, el Enviado de Al-lah dirigió una homilía a los creyentes y les dijo que el peor de los hombres era aquel que maltrataba a su esposa.

El libro, escrito en lengua árabe y traducido al castellano sin discrepancia del autor sobre la traducción, va destinado a todas las mujeres musulmanas y a la gente de la comunidad en la que el acusado actúa como imam, es de distribución gratuita y tuvo una primera edición en 1997 de unos 800 ejemplares, siendo el Centro Islámico Sohail, La Casa del Libro Árabe y el Centro Cultural Islámico de Madrid los lugares a los que se han de efectuar los pedidos.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de provocación a la violencia contra grupos por razón de su sexo previsto y penado en el artículo 510.1 del Código Penal, incluido en el Título XXI "Delitos contra la Constitución" en su Capítulo IV "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas", encabezando la Sección 1ª que se titula "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución".

Del material probatorio que resultó de la vista oral, entre el que se incluye abundante documental sometida a contradicción mediante su lectura en el plenario o por la referencia que los distintos testigos hacían en sus declaraciones, destaca especialmente, como no podía ser de otra forma, el libro escrito por el acusado con el título "La mujer en el Islam". El contenido general de la obra se puede resumir, usando las palabras del autor recogidas en la solapa interior de la portada, en un retrato de la mujer musulmana con el que destinatarias del trabajo puedan identificarse dirigiéndose destacadamente a la que llama "Hermana Inmigrante" a quien ofrece sus consejos y el fruto de su esfuerzo, introito demostrativo de que no todo es transcripción de Textos Sagrados de la religión musulmana o exégesis de los sabios seguidores del Profeta de los tres primeros siglos, sino que entre las citas literales y la glosa de la tradición se entremezclan las opiniones de una persona que, por su formación, goza de fama de experto en teología islámica, así lo manifestó Jamilia Merzouk en su declaración, y

mueve a la gente a desplazarse para escuchar sus prédicas, según su propio relato. Esta labor divulgativa forma parte de sus tareas como iman de la mezquita de Fuengirola y responsable del Centro Cultural Islámico Sohail, en resumen como jefe espiritual de su comunidad y se corresponden con las que caracterizan a los dirigentes religiosos e Imanes conforme al artículo 3.1 de la Ley 26/1992 de 10 de noviembre por la que se aprobó el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

Todos los temas que en el libro se tratan se abordan desde una perspectiva legal indisociable del componente religioso, las citas textuales de El Corán y las referencias a la Sunna son constantes, constituyendo el ejercicio por quien es guía espiritual y religioso, en definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua, de un derecho fundamental, constitucionalmente consagrado en el artículo 16.1 cual es el de la libertad religiosa y cuyo contenido ha concretado la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencias 46/2001 de 15 de febrero, 128/2001 de 3 de julio o 154/2002 de 18 julio destacando una doble dimensión, interna y externa, garantizando la primera la "existencia de un claustro mínimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual", mientras la segunda incluye "una esfera de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus convicciones y mantenerlas frente a terceros". Este derecho aparece igualmente protegido en el artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que amplían su definición a la manifestación no solo por medio del culto, los ritos o las prácticas, sino también por medio de la enseñanza, al igual que en el artículo 2.1 c) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, recalcando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cual es el contenido y señalándolo como cimiento de una sociedad democrática (SSTEDH Kokkinakis contra Grecia de 25 de mayo de 1993, Agga contra Grecia de 17 de octubre de 2002).

**SEGUNDO.** En el ejercicio de su libertad el acusado diserta sobre la mujer en muy diferentes aspectos, algunos de nula vinculación con la religión en las sociedades con culturas cristianas, como la menstruación, el parto, la herencia, la dote, el testimonio, el vestido de la mujer, la obediencia, el divorcio, el parentesco, estando toda la obra presidida por un tono de machismo obsoleto, en algunos casos muy acentuado, discordante con el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución y que

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

fundamenta la afirmación de las acusaciones de que el libro en algunos párrafos vulnera abiertamente dicho principio promoviendo conducta de discriminación por razón de sexo intolerables y penalmente reprochables. Seguir vinculando la honestidad y el pudor con que el vestido no sea transparente ni estrecho y pegado al cuerpo, ni presuntuoso ni llamativo, pudiendo la mujer salir a la calle con su belleza natural sin que el maquillaje o el adorno sean exagerados, llamativo o fuera de lo permitido (páginas 84 y 85 “La ropa propia de la mujer”); reclamar como requisitos del trabajo de la mujer que se amolde a su naturaleza, a las aptaciones y las predisposiciones innatas de esta (página 88 “La actividad laboral”) afirmar que el tipo de sometimiento que la obediencia al esposo supone solo se justifique cuando le reconozca al mismo su cordura, siendo lo más razonable que exista una autoridad suprema en el hogar para impedir que el desorden se imponga (página 55 “La obediencia al esposo”) o considerar que ha sido la equivocada competencia entre el hombre y la mujer la que ha transformado a esta de madre respetada, esposa y compañera, en un rival peligroso y un adversario que va en pos de la victoria (página 44 “la mujer como madres, esposa, hermana, hija”), opiniones personales de Mohamed K. en su tarea de divulgación, constituyen mensajes contrarios a la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges que señala el artículo 66 del Código Civil y rozan lo intolerable desde el punto de vista penal aunque no llegan a la provocación para la discriminación, en cuanto insertas en una obra cuyo contenido global es un descriptivo y amplio catálogo de obligaciones y deberes de la mujer y un cicatero compendio de los derechos de los que es titular, e incompatibles con la sensibilidad social imperante, aún cuando deba recordarse que la situación de la mujer en nuestro país era muy semejantes en tiempos nunca demasiado lejanos y que en la actualidad el tratamiento de la mujer en variados aspectos sigue siendo diferenciador respecto al hombre.

**TERCERO.** Distinto tratamiento merece el contenido del apartado que ha sido reproducido en el relato de los hechos de esta resolución en el que el autor del libro diserta sobre los malos tratos, sin perder de vista lo que se ha dicho sobre el tono general de trabajo del acusado. Lo que en teoría es compendio de cuales son los pasos que han de seguirse para la conciliación por uno y otro cónyuge, se transforma en un manual sobre como ha de tratar el marido a su mujer cuando se equivoca, pues cuando es el marido el equivocado la mujer debe acudir al apartado referido al divorcio al que se remite expresamente la obra en su página 87, quedándole vedadas la exhortación o el

abandono del lecho conyugal, medida disciplinaria de segundo grado si la mujer, tras ser exhortada, permanece en rebeldía. La siguiente medida progresiva tienen su manual de instrucciones en la página 87 del texto que contempla en que circunstancias, cuando, con qué como y donde debe golpearse cuando la rebeldía persiste, en lo que se manifiesta es vaciar de contenido el castigo físico para transformarlo en un padecimiento de índole moral. El acusado argumentó que ninguna de sus reflexiones era original sino exégesis de la Sura 4 de El Corán, de la Sunna, que recoge los hechos, dichos y silencios del Profeta y de los escritos de los sabios de los tres primeros siglos, acogiendo aquellos dictámenes que más vacían de contenido el Texto Sagrado. La palabra *daraba* contenida en el original en árabe del versículo 34 de la Sura 4 (“de las mujeres”) en las versiones de El Corán de Vernet o de Cortés se traduce por “golpeadlas” en el primer autor y por “pegadles” en el segundo, mientras que en los textos aportados a los folios 368 a 380 de la causa se recogen las interpretaciones sobre como deben ser los golpes y con qué han de administrarse de autores que escribieron entre los siglos X y XIX, salvo tres autores del siglo XX, fuentes en las que se inspiró el iman para, sin mención alguna del versículo coránico o de los sabios consultados y si con referencias al respeto con el que Mahoma trataba a las mujeres, construir su propio discurso sobre las facultades del esposo para reprender a su esposa rebelde, discurso destinado a todos los fieles de su comunidad, según su propia declaración, integrada por gente sencilla que no posee la sólida formación de su guía espiritual.

**CUARTO.** Estas reflexiones atentan frontalmente contra el derecho a la integridad física y moral protegido en el artículo 15 de la Constitución que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes, que tienen su reflejo en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto refieren que la finalidad de los golpes no es humillar y maltratar físicamente sino hacer sufrir psicológicamente, con grave menoscabo de la dignidad de la víctima que el artículo 10 del texto Constitucional considera fundamento del orden político y de la paz social, recogiendo como definición de trato degradante la que ofrece el tribunal Supremo en sus sentencias de 29 de septiembre de 1998 y 8 de mayo de 2002 “aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral “. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene un importante cuer-

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

po de doctrina sobre que debe entenderse por trato degradante que se resume perfectamente en las sentencias Costello-Roberts contra el Reino Unido, Campbell y Cossants contra el Reino Unido. A, contra el Reino Unido, casos todos en los que había maltrato físico como medida disciplinaria y en los que se acogió o no la infracción del artículo 3 del Convenio atendiendo a las circunstancias concurrentes. Dudar que la referencia a las limitaciones a la hora de recurrir al castigo físico para que sin quebrantar la salud de la mujer rebelde se le haga sufrir psicológicamente constituye un infracción del derecho fundamental, alegando, como hace el acusado, que quien esta tranquilo y evita el castigo en un momento de cólera no llegará a golpear supone negar la evidencia a la que la sociedad en la que viven los destinatarios del libro, que no es la del desierto de Arabia hace catorce siglos, se enfrente diariamente sobre actos de brutalidad contra las mujeres y que provoca un inaceptable reguero de víctimas.

**QUINTO.** Esa confrontación entre el derecho a la libertad religiosa en su dimensión externa, ejercitado por Mohamed K., y el derecho a la integridad moral de la mujer destinataria de su discurso debe resolverse a favor de este último por cuanto actúa de límite de aquel, como recoge la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 141/2000 de 29 de mayo y 154/2002 de 18 de julio, y como, cuando la colisión entre el derecho a la libertad de expresión vinculado a la libertad ideológica y el derecho al honor se trata, se plasma en el trascendente sentencia 214/1991 de 17 de diciembre del mismo Tribunal, convirtiendo la conducta del acusado al redactar, publicar y difundir el capítulo del libro dedicado a los malos tratos en reprochable conforme al artículo citado al inicio del primer fundamento. La disposición que nos ocupa es una novedad en el Código Penal de 1995 que tiene como difuso precedente el artículo 165 ter.1 que se introdujo en el Texto Refundido de 1973 por la Ley Orgánica 4/1995 de 11 de mayo con sustento en la proliferación de episodios de violencia semita o antirracista o de las prácticas genocidas en la antigua Yugoslavia, tipo penal que se refería a la provocación a la discriminación por motivos raciales o ideológicos. El texto hoy vigente es producto de un absoluto consenso entre todas las fuerzas políticas que participaron en la redacción del Código y fue objeto de felicitaciones recogidas en los diarios de sesiones, pues el tenor literal de la norma remitida por el Congreso era, artículo 502.1, casi un calco del entonces en vigor 165 ter.1 hasta que la Ponencia en el Senado, por unanimidad, aprobó un texto transaccional recogiendo las enmiendas de los grupos parla-

mentarios que se transformó, al final del cauce legislativo en el artículo 510.1 en que se fundamenta el reproche penal pretendido. El tipo recoge una conducta de provocación que el artículo 18.1 define como incitar directamente a la perpetración de un delito, entre otras vías, por medio de la imprenta, siendo sus elementos definidores la incitación para la ejecución de un hecho previsto en la ley como delito y la percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes con independencia de su eficacia que debe ser posible, provocación conectada a un determinado fin que en este caso es la violencia contra un grupo definido por su sexo, las mujeres, bendiciendo como último escalón de la respuesta masculina a la rebeldía de la mujer el empleo de fuerza física que la lectora o el lector acogerán como doctrina de su guía espiritual que no cita versículo coránico alguno ni identifica a los autores que constituyen su fuente, quien conoce la legislación vigente en materia de malos tratos en el núcleo familiar pero que no traslada a sus receptores que golpear en las condiciones descritas es constitutivo de delito. Justificar el contenido del capítulo en que otros textos publicados en España contienen afirmaciones del mismo tono es falaz pues el libro "Los jardines de los justos" publicado en 1999, constante referencia en el plenario, recoge un relato de un autor llamado Abu Daud al que el imán An-Nawawi hace expresa referencia, siendo este último el recopilador de los dichos que se recogen en el mismo, páginas 346 a 350 de los autos, y si otros autores de cualquier ideología, convicción religiosa u origen cultural publican trabajos con idénticos mensajes habrá que pedir a los poderes públicos que extremen su celo en su persecución.

Otros de los argumentos de justificación empleados, la imposibilidad de contradecir el texto de El Corán sin incurrir en herejía, en el plenario apareció el nombre de Salman Rushidie, debiendo seguirse fielmente la Sunna y los textos de los sabios de los tres primeros siglos, para, con el significado de la palabra *daraba* siempre presente y explicada por expertos universitarios en filología árabe, concluir que otra interpretación del versículo 34 ya mencionado no era posible, fue desmontado con la traducción alternativa que testigos que comparten la fe del acusado ofrecieron en el plenario concluyendo que el maltrato físico o moral está absolutamente proscrito en el Texto Sagrado, afirmación coincidente con las conclusiones sobre la violencia doméstica del III Congreso de la Mujer Musulmana, de 1 de marzo de 2002, obrante a los folios 442 a 444 de la causa.

En un Estado aconfesional, artículo 16.3 de la Constitución, integrado en la Unión Europea que promueve abiertamente la laicidad de la sociedad, ni la posibili-

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

dad de ser tratado por los correligionarios como un hereje o ser expulsado ni el respeto a la ortodoxia doctrinal pueden servir de fundamento a la publicación de opiniones provocadoras de la violencia física contra las mujeres por la única razón de su sexo, promoviendo conductas que transgreden el derecho fundamental a la integridad física y moral, gravemente atentatorias contra la dignidad de aquellas y constitutivas de infracción penal grave tras una reciente reforma legal que refleja el hastío de la sociedad hacia cualquier forma de maltrato a las mujeres.

**SEXTO.** Del delito citado al inicio de la fundamentación jurídica aparece como autor responsable, artículos 27 y 28 del Código Penal, el acusado Mohamed Kamal Mostafa, por su participación en los hechos relatados. Si algo quedó de relieve en el plenario fue que el imán mantiene la bondad de sus consejos y no tiene ni la menor intención de rectificar, ocupándose que cuando le fue solicitada una rectificación se limitó a formular una aclaración, folios 300 a 302 de las actuaciones, en el sentido que las cuatro limitaciones recogidas en el libro no implican una autorización al hombre para abusar de su mujer y torturarla, sino de unas restricciones que han suavizado las toscas costumbres de los beduinos, para achacar la equivocada comprensión a la confusión reinante sobre el papel del hombre y de la mujer en la sociedad, quedando acreditado que el recurso a la violencia le podrá repugnar personalmente pero se justifica en su discurso a las personas que integran su comunidad y a cualquier musulmán, hombre o mujer, que lo lea. Que quien se auto-proclama un pionero porque organiza viajes de cinco días en los que coinciden jóvenes de ambos sexos, promueve el acceso de la mujer al imamato, o da libertad a sus hijas para usar o no el velo, resuelva la cuestión dudosa de los malos tratos, en una sociedad que despejo la duda hace mucho tiempo sobre la respuesta legal dando instrucciones para no comportarse como los beduinos del desierto de Arabia hace trece siglos sino procurando que el castigo físico solo humille psicológicamente, vulnerando gravemente los derechos constitucionalmente protegidos, incurre con una conducta consciente y voluntaria en el reproche del artículo 510.1 del Código Penal.

**SÉPTIMO.** No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Postulan las acusaciones la apreciación de la agravante de abuso de superioridad fundado en la condición de guía espiritual del acusado, con elevado poder de convocatoria y de convicción en su comunidad, lo que anu-

lará la posibilidad de que las potenciales víctimas de sus enseñanzas puedan oponerse a la violencia que contra ellas se ejerza. La circunstancia que se afirma aplicable, conocida como alevosía de segundo grado, se contiene en el artículo 22.2 del Código Penal y requiere para su apreciación como requisitos (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 4 de marzo y 24 de abril de 2002) una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor frente al agredido, de tal importancia que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido; que tal desequilibrio sea conocido por el agresor y se aproveche del mismo y que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito. Solo retorciendo la previsión legal y su jurisprudencia interpretadora se podrá considerar que el imán pretendía prevalerse del respeto que se le guarda para, abusando de su superior condición, debilitar la reacción de unas potenciales víctimas no identificadas mediante su mensaje en el libro, retorsión intolerable en perjuicio del acusado, sin sustento probatorio, que determina la imposibilidad de apreciar la agravación requerida.

**OCTAVO.** Procede imponer la pena de un año y tres meses de prisión duración temporal situada en la mitad inferior de la legalmente prevista, respetuosa con las reglas del artículo 66 del Código Penal en la redacción vigente en la fecha de los hechos y ajustada a la gravedad de la conducta derivada de quien, por su condición de jefe espiritual y sabedor de su influencia, debió extremar la cautela al opinar sobre temas de alta sensibilidad social, así como la pena de multa de 8 meses también situada en la mitad inferior de la duración legal. Sobre cual sea la cuata diaria, con respeto al criterio del artículo 50.5 del Código, consta acreditado que Mohamed Kamal tiene mujer y dos hijas con las que convive y son los integrantes de su comunidad los que retribuyen su tarea, no concretándose cuales son sus ingresos, pareciendo las cuotas diarias de 60 y 30 que se reclaman no ajustadas a la capacidad económica neta del acusado, estimándose la cuota diaria de 9 abordable por cualquier trabajador por cuenta ajena, la adecuada en este caso. La pena privativa de libertad traerá aparejada la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, artículo 56 y el impago de la multa determinará la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53, ambos del Código Penal.

**NOVENO.** Procede acordar el comiso de los ejemplares del libro "La mujer en el Islam" así como el de cuantos utensilios se emplearon para su maquetación, fotocomposición, diseño gráfico, filmación,

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

impresión y edición, destino legalmente previsto para los instrumentos con que se haya ejecutado el delito, según lo dispuesto en el artículo 127 del Código Penal, en cuanto que es su contenido el que fundamenta el reproche penal, por lo que dejar la obra a la libre disposición de los lectores supondría prorrogar el mensaje vulnerador del derecho a la integridad física y moral.

**DECIMO.** Procede imponer al acusado el pago de las costas procesales causadas, artículo 123 del Código Penal, excepto las devengadas por la acusación popular en aplicación de la doctrina del tribunal Supremo en los casos en que acusa el Ministerio Fiscal recogida, entre otras, en las sentencias de 21 de febrero de 1995, 2 de febrero de 1996 y 10 de junio de 2002.

Vistos los artículos precedentes y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLO

Condeno a Mohamed K. M. como autor responsable de un delito de provocación a la violencia por razón de sexo, ya definido, no concurriendo circunstan-

cias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año y tres meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y multa de ocho meses con cuota diaria de 9 y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas y a satisfacer las costas procesales excepto las devengadas por la acusación popular.

Acuerdo el comiso de los ejemplares del libro "La mujer en el Islam" y de los utensilios empleados para su edición.

Así por esta sentencia de la que se unirá certificación a las actuaciones y contra la que cabe interponer recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona dentro del plazo de 10 días, lo pronuncio, mando y firmo.

### PUBLICACIÓN.

La anterior sentencia ha sido leída en audiencia pública por el magistrado que la firma y acto seguido se libran los despachos para su notificación en forma a las partes. Doy fe.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

**STS de 15 de septiembre de 2003. Aplicación del principio de preferencia de masculinidad en sucesión nobiliaria.** El TS estima el recurso de casación interpuesto por el demandante declarando la nulidad de la real carta de sucesión y el mejor derecho genealógico del recurrente sobre el título nobiliario litigioso por aplicación del principio de preferencia de la masculinidad, tradicional en el derecho histórico, por el cual se rigen las sucesiones en los títulos nobiliarios, manifestando que no es inconstitucional porque en autos no se ha demostrado que se fijase un orden de suceder diferente y propio del regular.

**STS de 18 de junio de 2003. Apreciación de habitualidad en delito de malos tratos.** Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de malos tratos, otro continuado de amenazas, otro de agresión sexual, un delito de quebrantamiento de medida cautelar, otro de allanamiento de morada, una falta de lesiones, y dos faltas de malos tratos. El Alto Tribunal señala que, aunque es cierto que las denuncias por supuestos malos tratos que concluyeron en sentencia absolutoria no pueden ser tomadas en consideración para apreciar la habitualidad, en el caso actual, prescindiendo absolutamente de los hechos enjuiciados y objeto de sentencia absolutoria que únicamente se relatan en la sentencia de instancia como antecedente, concurren una serie de agresiones psíquicas y físicas del acusado a su esposa suficientes para apreciar la concurrencia del tipo objeto de condena.

**STS de 4 de julio de 2003. Delito de coacciones frente a violencia doméstica.** Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de violencia doméstica, un delito de coacciones y dos delitos de amenazas. El TS dicta segunda sentencia en la que viene a absolver al recurrente del delito de violencia doméstica pues la primordial exigencia de la habitualidad en el comportamiento delictivo no puede estimarse satisfecha con los dos actos recogidos en la declaración de hechos probados por más que sean suficientes para integrar un delito de coacciones del que debe responder el acusado.

**STS de 3 de octubre de 2003. Inaplicación de atenuante por embriaguez en delito de maltrato habitual.** El condenado como autor de un delito de maltrato habitual interpone recurso de casación alegando que la condena se basa únicamente en la declaración de la perjudicada que puede estar viciada por la animadversión a su ex-esposo. Asimismo, el recurrente

sostiene que actuó bajo los efectos del alcohol lo que no se tuvo en cuenta por la sentencia recurrida que impuso una pena excesiva y desproporcionada. El TS desestima tales alegaciones, en primer lugar, porque el acusado reconoció en el juicio oral haber agredido a su mujer y en segundo lugar, por ser el propio recurrente consciente de que en estado de embriaguez solían producirse conflictos en los que afloraba su agresividad, por lo que según el apartado segundo del art. 20 CP 95, debe excluirse no solo la exención de responsabilidad, sino también la atenuación.

**STS de 20 de junio de 2003. Apreciación de agravante de parentesco:** El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de asesinato. Entre otras cuestiones, el Alto Tribunal considera correcta la apreciación de la agravante de parentesco pues, aunque la relación conyugal entre el agresor y la víctima no fuera todo lo cordial que sería de esperar dado el vínculo que les unía, lo cierto es que no sólo ambos convivían familiarmente al tiempo de los hechos, sino que, incluso, habían acudido en mutua compañía al lugar en el que éstos acaecieron, a revisar conjuntamente la finca de su propiedad, lo que pone de manifiesto el uso habitual y pacífico que hacían de esa común convivencia.

**STS de 18 de diciembre de 2003, Mantenimiento de suspensión en interés de terceros.** Precepto foral que permite a parejas estables adoptar. El TC acuerda mantener la suspensión que pesa sobre el artículo 8 Ley Parlamento Vasco 2/2003, 7 mayo, reguladora de las parejas de hecho, que permite que miembros de parejas estables puedan adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio. La Sala afirma que dado que la adopción produce por regla general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su anterior familia y que es irrevocable, salvo extinción de la misma por el juez, es obvio que quienes fueren adoptados de acuerdo con el precepto recurrido experimentarían perjuicios de muy difícil, y acaso imposible, reparación si fuera en su día considerado inconstitucional y nulo, perjuicios extensibles también a la familia por naturaleza y a los adoptantes, con vulneración del principio de seguridad jurídica.

**STS de 7 de noviembre de 2003. Inexistencia de superioridad a efectos penales. Delito de acoso sexual de alcalde a concejala.** Frente a sentencia que condena a un alcalde por delito de acoso sexual a una concejala, y le absuelve del delito de lesiones,

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

recurren en casación acusado y acusación particular. Entre otros motivos, el acusado impugna la sentencia de instancia en cuanto que esta subsume los hechos en el subtipo agravado de abuso de superioridad bajo la tesis de una superioridad jerárquica del alcalde sobre la concejala, que no se justifica en modo alguno. Tal alegación es acogida por el TS que señala que según el RD 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, el alcalde es superior jerárquico del personal, laboral o funcionario, de una corporación local pero no respecto a un concejal, pues tanto aquél como éste, se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, como exige el art.184,2 CP 95, para estimar aplicable el subtipo de prevalimiento de superioridad. La acusación particular, por su parte, impugna la absolución del delito de lesiones, lo que es desestimado por la Sala, por entender que no están suficientemente probadas. Emiten voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín y el Magistrado Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, defendiendo la existencia de un delito de lesiones psíquicas.

**SAP de Málaga, de 2 de septiembre de 2003, Delito de abandono de familia por impago de pensiones** se condena porque el acusado no acredita que carecía de medios, luego produce una inversión de la carga de la prueba, ya que el acusado reconoce que sabía que tenía que pagar y reconoce que en algunas ocasiones no lo había hecho.

**SAP de Zaragoza, 23 de mayo de 2003, Delito de violencia en el ámbito doméstico:** requisito de la "habitualidad". La Sala desestima el recurso de apelación interpuesto por el condenado en la instancia como autor responsable de un delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. Entre otros pronunciamientos señala el Tribunal que el requisito de la "habitualidad" que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para así poder integrar el delito autónomo del art. 153 CP 95, es una exigencia típica una tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. Esta Audiencia entiende que la más acertada es aquella que ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

## **Instituto Andaluz de la Mujer**

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

[www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer)

**Teléfono de Información a la Mujer**

**900 200 999**