

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.ª Luisa Balaguer

Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.ª del Mar Navas Sánchez

M.ª Dolores Cabello Fernández

Montserrat Reyes

Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ Alfonso XII, 52

41002 Sevilla

Tel.: 955 03 49 53

Fax: 955 03 49 56

Puede consultarse "Artículo 14" en:

<http://www.juntadeandalucia.es/iam>

Diseño y Maquetación:

Fotomecánica Magenta

Imprime:

Tecnographic

Dep. Legal:

SE-2460-01

ISSN:

1696-6988

Sumario:

PRESENTACIÓN

Teresa Jiménez Vilchez

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

Los nuevos delitos de violencia doméstica: Otra reforma precipitada.

Patricia Laurenzo Copello.

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Málaga 4

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. 15

Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000,

de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre;

de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991,

de 10 de enero, de Competencia Desleal. 21

Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del

impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. 21

Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica 23

JURISPRUDENCIA TJUE

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta),

de 11 de septiembre de 2003. Discriminación indirecta por razón de sexo. 25

JURISPRUDENCIA TC

Sentencia del Tribunal Constitucional 144/2003, de 14 de julio de 2003.

Concesión de guarda y custodia de hija menor a la madre, en virtud del

derogado art. 159 del Código civil 34

Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo de 2003.

Significación del derecho a la asistencia jurídica gratuita para los

extranjeros en España. 38

JURISPRUDENCIA TS

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2003. Irretroactividad

de la Ley 39/1999 e imposibilidad de aplicar análogamente la Orden

de 13 de noviembre de 1967. Denegación de subsidio de maternidad

como asimilado a parto múltiple. 48

JURISPRUDENCIA TSJC

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil,

de 14 de abril de 2003. Pensión compensatoria a favor de la esposa. 52

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Comentario a la Sentencia 104/2003, dictada por la Audiencia Provincial

de Granada. Interpretación de las normas y genero. 56

Auto de cuatro de septiembre de 2003, dictado por el Juzgado de

Primera Instancia e Instrucción nº Uno de los de La Carolina (Jaén) y su partido.

Orden de protección de mujer víctima de violencia doméstica. 57

Comentario al Auto dictado por el Juzgado de Instrucción número uno

de Málaga. Orden de protección. de 11 de agosto de 2003. 59

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES 61

NOTICIAS 62

ARTÍCULO 14

PRESENTACIÓN

Celebramos el veinticinco aniversario de la Constitución Española de 1.978 y con ella la proclamación en su artículo 14 –del que toma nombre la presente publicación– de la igualdad ante la ley de mujeres y hombres. Es, pues, un buen momento para la reflexión y para poner en valor las profundas transformaciones sociales, políticas y culturales que se han producido en nuestra sociedad al amparo de las garantías y derechos constitucionales.

Ahora bien, este balance positivo no nos ha de impedir reflexionar acerca de los muchos problemas que nos siguen afectando a las mujeres: la desigualdad en el empleo, la compatibilización de la vida familiar y laboral, la lucha contra el tráfico de mujeres con fin de explotación sexual, la erradicación de la violencia de género, la paridad en los espacios de responsabilidad y de poder. Situaciones todas ellas que encierran graves violaciones de los derechos humanos de las mujeres y que se mantienen a pesar de los 25 años de desarrollo constitucional de los principios y valores de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Parece pertinente, pues, aprovechar este aniversario para plantearnos como prioridad la necesidad de establecer una estrategia transversal en todas las políticas públicas que reduzca la distancia entre la igualdad formal y la igualdad real; entre el derecho y la realidad. En este sentido, se haría necesario un desarrollo legislativo del art. 14 CE en relación con el 9.2, de manera que se puedan garantizar mejor los derechos de las mujeres. Del mismo modo, se ve conveniente acometer una relectura con perspectiva de género de todos los derechos fundamentales, a fin de que nuestros intereses sean tenidos en cuenta en la concreción del contenido necesario y en los límites de tales derechos.

Una vez más, recordamos que estos nuevos retos han de ser también abordados desde el ámbito jurídico, cuya sensibilidad requerimos como aliada del proceso –que consideramos imparable– de construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

También el Gobierno de la Junta de Andalucía, dentro de sus competencias, seguirá impulsando el desarrollo legislativo, desde una óptica de género, y promoviendo cuantas medidas de acción positiva y de sensibilización permitan seguir avanzando en la modernización –en igualdad– de nuestra sociedad. Al mismo tiempo, damos la bienvenida a una nueva Constitución próxima a consolidarse: la europea. En ella podemos encontrar la oportunidad de enriquecer la base jurídica necesaria para eliminar toda discriminación por razón de sexo.

Teresa Jiménez Vílchez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

DOCTRINA

LOS NUEVOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA: OTRA REFORMA PRECIPITADA

PATRICIA LAURENZO COPELLO
CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

1. La LO 11/2003, de 29 de septiembre, constituye el cuarto intento del legislador español en algo más de una década por encontrar una regulación penal mínimamente eficaz para contener la violencia doméstica, en particular, la ejercida contra las mujeres. Sólo hicieron falta seis años desde la introducción en el ordenamiento penal español de un delito específico de malos tratos en el ámbito familiar –creado por la reforma de 1989¹- para dejar al descubierto que la fórmula elegida no había conseguido subsanar la “deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”². Las serios defectos en la formulación típica de aquel primer precepto –que no contemplaba, por ejemplo, la violencia psíquica-, unidos a una discutible concepción cuantitativa de la habitualidad que se impuso desde el principio en los tribunales –según la cual sólo se admitía el maltrato habitual con la prueba de tres o más episodios concretos de violencia³- y, sobre todo, la escasa conciencia social sobre la gravedad de la violencia de género, contribuyeron a consolidar una línea jurisprudencial sumamente restrictiva y formalista que dejó prácticamente sin virtualidad el recién creado delito⁴, desviando la inmensa mayoría de las denuncias a la intrascendente falta de malos tratos entre parientes⁵.

En un intento por superar esta situación de estancamiento, el Código penal de 1995 ofreció una versión algo mejorada del delito –recogido en el art. 153-, cuyas principales novedades se centraron, por una parte, en la mayor severidad de la pena⁶ y, por otra, en una importante precisión en materia de concursos tendente a hacer compatible la figura de maltrato habitual con la sanción de otros resultados lesivos que pudieran producirse como consecuencia de los actos violentos⁷ –en particular, las faltas o delitos de lesiones-. Sin embargo, ninguna de estas medidas atacaba las auténticas causas del fracaso del antiguo art. 425, como muy pronto se demostraría por la continuidad de una práctica judicial que en la inmensa mayoría de los casos siguió relegando el delito del art. 153 en favor de la falta de malos tratos recogida en el art. 617.2 del Código del 95.

Seguramente, el ambiente de sensibilización social e impacto mediático que alcanzó el problema de la violencia familiar a mediados de los noventa influyó de modo considerable para que en apenas tres años el legislador emprendiera una nueva reforma – que se concretó en la LO 14/1999-, decidido esta vez a acertar con las medidas legales capaces de lograr “la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos”⁸. Y en esta ocasión ciertamente el intento fue más atinado. En primer lugar, por la creación de las tan necesarias medidas de protección de las víctimas –en la forma de penas accesorias⁹ y medidas cautelares¹⁰ de prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima o sus allegados-; también por el reconocimiento de la violencia psíquica como posible causa del maltrato habitual y la ampliación del círculo de sujetos pasivos a los casos de ruptura de la convivencia; pero, sobre todo, por la decisión de incluir en el art. 153 un concepto legal

1. La LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, introdujo el art. 425 al Código penal de 1973 hoy derogado, en virtud del cual se amenazaba con pena de prisión mayor a quien habitualmente ejerciera violencia física sobre un reducido círculo de miembros del grupo familiar. Sobre la evolución legislativa en materia de malos tratos véase ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 1999, pp. 33 y ss.

2. Exposición de Motivos de la LO 3/1989, de 21 de junio.

3. Un criterio que, pese a las sucesivas reformas, muchos se resisten a abandonar, persistiendo en una interpretación apegada a criterios legales que nada tienen que ver con las circunstancias descritas en el Código penal al definir el delito de violencia doméstica. Particularmente perturbador resulta, en este sentido, el recurso al art. 94 CP donde se especifica qué ha de entenderse por reo habitual a los efectos de la sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad. El Tribunal Supremo, sobre todo a partir de su Sentencia de 7 de julio de 2000 (RJ 2000/6823), ha desestimado este “automatismo numérico” para orientar correctamente la interpretación hacia un concepto material de habitualidad, según el cual lo importante es que “el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.

4. Ello se producía por la convergencia de al menos dos criterios discutibles en la primera fase de aplicación del delito de violencia doméstica. Ante todo, por la remisión casi automática de la primera denuncia al ámbito de la falta de malos tratos, sin indagar sobre la posible preexistencia de una situación regular y continuada de violencia que permitiera calificar el hecho directamente como delito; y, en segundo lugar, por la resistencia de los tribunales a computar esas faltas ya juzgadas a efectos de constituir los tres episodios violentos a los que se reducía el concepto de habitualidad. Obviamente esta última circunstancia hacía prácticamente imposible llegar a los tres actos violentos requeridos, pues una vez enjuiciado uno de ellos independientemente como falta quedaba descartado para justificar la habitualidad, creándose así un círculo vicioso del que difícilmente se podía salir.

5. Buena parte de la doctrina interpretó el delito del antiguo art. 425 CP 1973, así como su sucesor en el Código de 1995 –el inicial art. 153- como una sucesión del faltas de malos tratos que se elevaba a la categoría de delito por el dato de la habitualidad –véase, con más referencias, GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN/ LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Valencia, 1996, p. 418.

6. Del inicial arresto mayor (un mes y un día a seis meses de privación de libertad) previsto en el art. 425 del antiguo C.P. se pasó a la pena de seis meses a tres años de prisión recogido en el art. 153 C.P. 1995, sanción que, en lo sustancial, se mantiene en la actualidad.

7. A la formulación del art. 153 en la versión de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, se debe la inclusión de la cláusula que permite castigar por separado los resultados concretos de violencia (“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”) evitando así la aplicación de un concurso de leyes por consunción capaz de debilitar de modo considerable el efecto preventivo del delito de violencia doméstica.

8. Exposición de Motivos de la LO 14/1999, de 9 de junio.

9. Véase art. 57 CP.

10. Con este fin la LO 14/1999 introdujo el nuevo art. 544 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

de habitualidad que permitiera contrarrestar la rígida concepción formalista que se había impuesto en los tribunales¹¹. Sin embargo, en los años siguientes a la reforma de 1999 la terca realidad siguió ofreciendo un panorama cada vez más sombrío de episodios de malos tratos y muertes originadas en esta causa y los informes elaborados por los operadores del Derecho no hicieron más que confirmar un nuevo fracaso de la política represiva. De gran trascendencia resultó el Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial en 2001, donde se apuntaba a la sensación de desamparo de las víctimas del maltrato y la paralela sensación de impunidad del agresor como principales indicadores de la necesidad de una nueva reforma legal. La causa de esa situación la encontraba el Informe, en primera línea, en las dificultades “derivadas del tenor de la vigente legislación” para imponer medidas cautelares contundentes a los presuntos agresores –prisión provisional, por ejemplo- cuando el hecho fuese constitutivo de falta, circunstancia que llevó al Consejo a sugerir la eliminación de la falta de malos tratos entre parientes y la ampliación del delito del art. 153 aparentemente en la línea de excluir el requisito de la habitualidad, para castigar, en cambio, todas “aquellas agresiones físicas o psicológicas cometidas por uno de los miembros del grupo familiar contra cualquiera de los otros siempre que aquéllas alcancen la intensidad suficiente para provocar la lesión o la puesta en grave riesgo de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de infracciones, esto es, de la paz familiar, la dignidad, la vida o la integridad física o moral de las personas”¹².

Estas y otras sugerencias en la misma línea permiten entender los recientes movimientos legislativos que comenzaron por la regulación de la muy demandada orden de protección de las víctimas de violencia doméstica -Ley 27/2003, de 31 de julio (BOE 1/8/03)- para seguir con una profunda reestructuración de las figuras penales relativas al maltrato familiar abordada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre¹³.

2. La orden de protección constituye un instrumento de notable importancia práctica que permite concentrar la competencia para adoptar las primeras y más urgentes medidas cautelares en el juez de instrucción, a quien se le atribuye la facultad no sólo de decretar medidas de orden penal –desde la orden de alejamiento a la prisión provisional, en su caso- sino incluso ciertas medidas de naturaleza civil que resultan igualmente esenciales para garantizar la seguridad de las víctimas en las horas siguientes a la denuncia –como la atribución del domicilio familiar o el régimen de custodia y visitas de los hijos-. Muchos estudios empíricos han demostrado que los momentos posteriores a la denuncia y, sobre todo, a la decisión de romper la convivencia, constituyen una de las fases de mayor riesgo para las víctimas del maltrato¹⁴, lo que justifica plenamente la concentración en un solo órgano judicial de la facultad para adoptar de manera inmediata todas las medidas adecuadas para mantener alejado al potencial agresor, con independencia de su naturaleza civil o penal.

La mejor prueba de que esta unificación era imprescindible en nuestro ordenamiento la encontramos en las más de 3.000 órdenes de protección acordadas por los jueces de instrucción en los tres primeros meses de vigencia de la nueva normativa¹⁵. Sin embargo, como ya se ha apuntado desde diversos colectivos implicados en el problema –policía, centros de protección de la víctima, asociaciones de mujeres, etc.-, de poco valen las modificaciones legales si no van acompañadas de la correspondiente asignación de recursos humanos y económicos para hacerlas efectivas. Sobre todo cuando el éxito de las órdenes de protección depende en primera línea de la disposición de los potenciales agresores a cumplir con el mandato judicial. En efecto, haciendo abstracción de los casos más graves que puedan justificar la prisión provisional, en la mayoría de las ocasiones la orden de protección se concretará en una serie de medidas cautelares –orden de alejamiento, prohibición de comunicarse, asignación del domicilio familiar a la mujer, suspensión del derecho de visitas, etc.- destinadas a mantener a un agresor que permanece en libertad fuera de la esfera de actuación de la víctima. Por eso es de extrema importancia una presencia policial efectiva –sea directa o a través de mecanismos electrónicos de comunicación urgente- capaz de romper la “sensación de impunidad” que hasta ahora ha acompañado a los maltratadores. De poco sirve que los jueces tengan competencia para dictar con celeridad un conjunto de medidas de protección de las víctimas si faltan condiciones materiales para garantizar su inmediato y drástico cumplimiento.

En todo caso, ninguna de estas objeciones de orden práctico debe ensombrecer el avance que supone la Ley 27/2003 de cara a dotar a los operadores del Derecho de los instrumentos adecuados para dar una mejor protección a las víctimas de la violencia de género. Era una reforma necesaria; ahora hace falta completarla con la indispensable dotación de medios para hacerla efectiva.

11. Con todo, es de destacar que ya antes de la reforma legal se venía produciendo un giro en la jurisprudencia que comenzaba a flexibilizar el requisito de la prueba de los tres actos concretos de violencia. La Circular 1/1998, de 24 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sin embargo, seguía exigiendo la prueba de un mínimo de tres actos violentos, si bien admitía ya la autonomía de la violencia habitual respecto de esos actos concretos y, con ello, permitía computar los episodios violentos aún cuando hubieran prescrito.

12. En los casos de conductas violentas leves, el Informe propone su despenalización y el reenvío del asunto al ámbito civil para ser resuelto por el Juez de Familia que conozca en el proceso de divorcio o separación.

13. Tal como nos tiene acostumbrados el legislador en los últimos años, también en este caso se aceleró al máximo la entrada en vigor de la nueva ley, que comenzó a regir al día siguiente de su publicación en el BOE, el 1 de octubre de 2003.

14. Véase al respecto, con datos sobre estudios recientes, MEDINA, J.J, *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Valencia, 2002, p. 203.

15. Según informa el Consejo General del Poder Judicial, entre el 2 de agosto y el 31 de octubre de 2003 los jueces de instrucción han acordado 3.044 órdenes de protección conforme a la LO 27/2003.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

3. Mayores matizaciones requiere la valoración de la **cuarta reforma penal en materia de violencia doméstica emprendida por la LO 11/2003**, de 29 de septiembre, seguramente la más ambiciosa de cuantas se han sucedido en los últimos años. Mientras las modificaciones anteriores intentaban aclarar conceptos, ajustar el contenido de la conducta típica o completar el círculo de sujetos pasivos en el contexto de un delito cuya identidad y esencia no se ponía en duda, esta, por el contrario, representa un cambio más profundo en la forma de concebir la respuesta del Derecho penal ante los malos tratos en el ámbito familiar.

Las grandes claves de la reforma pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

1º. El delito de violencia habitual, que hasta ahora venía recogido en el art. 153, cambia de **ubicación sistemática** para situarse en el Título VII del Libro II del Código Penal denominado “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, concretamente, en el nº 2 del art. 173.

Con este cambio de localización el legislador parece adherirse a la postura doctrinal¹⁶ que sitúa la esencia del contenido de injusto de los malos tratos domésticos en la lesión de la dignidad de las personas, cualidad consustancial al ser humano que nuestro Código penal convierte en objeto directo de tutela a través del bien jurídico integridad moral¹⁷. Esta primera impresión queda seriamente distorsionada, sin embargo, cuando se vuelve la vista al nuevo art. 153, donde se recogen ahora una serie de conductas de violencia familiar que hasta el momento tenían la consideración de faltas. Ciertamente, el mantenimiento de este precepto en el Título “de las lesiones” parece responder a la mera conveniencia de aprovechar un artículo del Código que quedaba vacío de contenido antes que a cualquier consideración teleológica. Pero, aun así, esta inexplicable dispersión de los delitos relacionados con la violencia doméstica relativiza notablemente el peso de los argumentos sistemáticos a la hora de decidir sobre el objeto de tutela de estas figuras delictivas.

Así las cosas, y pese a las variaciones sistemáticas, entiendo que el atentado a la integridad moral, implícito sin duda en las conductas de maltrato habitual, no es el dato decisivo para justificar un delito específico de violencia doméstica. En mi opinión, la auténtica gravedad de estas conductas reside en el riesgo cierto y directo para la vida e integridad física y psíquica de las víctimas derivado del clima permanente de violencia propio de la habitualidad¹⁸. Múltiples son los estudios criminológicos que describen el llamado “ciclo de la violencia” como un estado de aumento progresivo en la intensidad y frecuencia de los ataques que en cualquier momento puede desembocar en la muerte de quienes la padecen. No se trata, entonces, como ha sostenido algún sector doctrinal¹⁹, de un peligro más o menos lejano o mediato, sino de una exposición permanente al riesgo que en cualquier momento puede concretarse en la lesión de bienes jurídicos esenciales. De ahí la justificación de su tratamiento autónomo y particularmente severo por parte del Derecho penal, más allá de la incuestionable perturbación de la integridad moral de las víctimas que es consustancial a todas las agresiones contra bienes jurídicos personalísimos²⁰.

En contra de esta opinión se suele esgrimir la cláusula concursal que ordena castigar por separado los resultados lesivos derivados de los actos de violencia, solución que –según los críticos– sería incompatible con la caracterización de esta figura como un delito de peligro contra los mismos bienes jurídicos que en un episodio concreto de violencia pudieran resultar lesionados. Esta crítica pierde de vista, sin embargo, que la habitualidad en el maltrato crea un estado de exposición permanente al riesgo que rebasa el injusto propio de los delitos de lesión –sean lesiones u homicidio– a los que pueda dar lugar una agresión concreta. Ese estado permanente de riesgo para la integridad y la vida que se prolonga en el tiempo necesita de un juicio autónomo de desvaloración que sólo el concurso de delitos puede recoger sin peligro alguno para el principio *non bis in idem*. De ahí que la cláusula concursal del art. 173.2 no resulte incompatible con la tesis aquí sostenida.

2º. Otra nota de sumo interés en la reciente reforma se encuentra en la ampliación del círculo de **sujetos pasivos**, que en esta oportunidad, además de añadir alguna relación de parentesco no contemplada en modificaciones anteriores –como es

16. Ya habían apuntado en la línea que ahora sigue el legislador, BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona, 2001, p. 40; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2001, p. 194; OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001, pp. 42 y ss.

17. Existe una gran polémica doctrinal sobre el contenido del bien jurídico integridad moral y su relación con la dignidad personal. Se decanta, con razón, por una íntima relación entre ambos hasta el punto de considerar a la integridad moral como un principio derivado de la dignidad personal, GARCÍA ARÁN, *La protección penal de la integridad moral, en La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 1246. De otra opinión, MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999, pp. 22 y s.

18. De esta opinión MAQUEDA ABREU, *La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma*, en *En nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, pp. 1528 y s.

19. Así, GRACIA MARTIN, *Comentarios*, cit., p. 425; GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 30 y s.

20. Las agresiones sexuales, por ejemplo, poseen unas notas evidentes de humillación y degradación sin que por ello a nadie se le ocurra convertirlas en delitos contra la integridad moral.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

el caso de “los hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”²¹-, ofrece importantes novedades desde el punto de vista políticocriminal.

La primera y muy destacada es la decisión de dar cabida en el tipo a las relaciones de noviazgo actuales o pasadas –“persona que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad *aun sin convivencia*”, dice el art. 173.2.-, una ampliación que algún sector doctrinal considera desacertada por el riesgo que implica para la seguridad jurídica²². La gran variedad de situaciones que cabe incluir bajo el paraguas de las relaciones de afectividad sin convivencia justifican quizás ese temor, si bien, en mi opinión, tales dificultades pueden superarse con una adecuada interpretación teleológica que limite el alcance del tipo a las relaciones de noviazgo lo suficientemente estables y consistentes como para dar lugar al clima de dominio y subordinación característico de la violencia de género. La realidad pone de manifiesto que las claves favorecedoras de la violencia en las relaciones afectivo-amorosas no dependen únicamente de la convivencia. Ni siquiera en primera línea. Lo verdaderamente decisivo y propio de estas relaciones es el sentimiento de posesión y dominio que uno de los miembros de la pareja experimenta respecto del otro, una situación que se puede dar tanto en la fase de convivencia como en la etapa previa de noviazgo e incluso en otra clase de relaciones amorosas paralelas a las matrimoniales –vg. las relaciones estables con una segunda mujer fuera del matrimonio-. De hecho, la propia legislación así lo reconoce al incluir entre los sujetos pasivos de este delito a personas separadas, divorciadas y, en general, ex-convivientes²³. Todas estas situaciones responden al mismo patrón de poder y dependencia afectiva que está en la base de la violencia de género y por eso está plenamente justificado que el legislador les conceda un trato similar. Además, el riesgo de la extensión del tipo a relaciones amorosas más o menos superficiales y esporádicas queda minimizado en el caso del art. 173.2 por la exigencia de habitualidad en el maltrato, una nota que por sus propias características presupone una relación duradera y estable.

No se me escapa, sin embargo, que este último argumento y, en general, cuantas ideas se han expuesto para justificar la inclusión de las relaciones de noviazgo en el delito de malos tratos, pierde buena parte de su consistencia en cuanto se vuelve la vista al nuevo art. 153, en virtud del cual se elevan a la categoría de delito una serie de faltas contra las personas cuando la víctima coincide con alguna de las enumeradas en el art. 173.2. Al haberse prescindido de la nota de habitualidad, esta nueva figura delictiva puede llegar a acoger situaciones que en nada responden a la lógica de la violencia familiar, como sería el caso del antiguo novio que en una discusión por motivos totalmente ajenos a su anterior relación de pareja propina un simple empujón o incluso una bofetada a su ex compañera. Pero este resultado, ciertamente injusto, poco tiene que ver con que se hayan incluido las relaciones de noviazgo en el concepto de violencia doméstica. El auténtico problema reside en la pretensión del legislador de ampliar este concepto hasta el punto de dar cabida a cualquier maltrato ocasional de obra o de palabra entre personas ligadas por alguna relación de afectividad o parentesco. Con ello se desdibuja el sentido y gravedad de los malos tratos domésticos, cuya clave reside en la creación de un clima de violencia permanente que pone en serio peligro la vida e integridad física y moral de quienes los padecen. Nada de esto se puede predicar de un simple empujón, de una bofetada aislada o de unas retahíla de insultos ocasionales. Es la persistencia en este tipo de conductas –esto es, la habitualidad- la que marca la diferencia. Lo que sobra, entonces, no son las relaciones de noviazgo, sino el art. 153 en su nueva redacción.

La otra gran novedad en lo relativo a los sujetos pasivos se encuentra en la decisión del legislador de abrir el tipo penal a situaciones de subordinación o dependencia con el agresor que poco o nada tienen que ver con las relaciones de afectividad, parentesco o afines que hasta ahora daban sentido al delito de violencia doméstica. Así, la figura que comentamos da cabida, por una parte, al maltrato habitual sobre personas especialmente vulnerables que se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, como sería el caso, por ejemplo, del sometimiento a situaciones penosas de alimentación e higiene en residencias de ancianos o de disminuidos psíquicos. La relación entre agresor y víctima no está caracterizada aquí por la existencia de un vínculo familiar o de afectividad, ni tampoco por compartir un mismo techo, sino por una relación de prestación de servicios marcada por una posición de dependencia fáctica de quien recibe esos servicios. El punto en común con las relaciones familiares que venían dando forma al delito de violencia doméstica sólo puede encontrarse, pues, en la situación de inferioridad o vulnerabilidad que ocupan las víctimas respecto del agresor²⁴.

21. Además, el tipo se extiende a los ascendientes que no convivan con el agresor –hasta ahora sólo se incluía a los “ascendientes o incapaces que con él convivan”, así como a todos los descendientes y no sólo a los hijos, como decía el art. 153 en su redacción anterior.

22. Véase FERNÁNDEZ PANTOJA, Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico, en Estudios penales sobre la violencia doméstica, Madrid, 2002, p. 99.

23. Los estudios criminológicos apuntan precisamente a los momentos posteriores a la ruptura como los más peligrosos para la víctima del maltrato, una circunstancia que no es exclusiva de la disolución del matrimonio. La sensación de abandono que experimenta el maltratador puede darse también en los casos de ruptura de un noviazgo. Sobre las características del hombre abandonado, véase, CEREZO DOMÍNGUEZ, El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico, Valencia, 2000, pp. 367 y s.

24. Situar la analogía con las relaciones afectivas o de parentesco en el dato de que para estas personas desvalidas la residencia es su hogar –así MORILLAS CUEVA, Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma, en Estudios penales sobre violencia doméstica, Madrid, 2002, p. 677- supone desenfocar el problema de la violencia doméstica, perdiendo de vista las razones de fondo que justifican su punición autónoma. Es conveniente insistir en que no se trata de un caso más de abuso de los fuertes sobre los débiles –sea por diferencias de edad, sexo o estado de salud-, sino de un conglomerado de factores de dominio, dependencia económica y afectiva, asunción de roles socialmente condicionados, etc., que dan lugar a unas posiciones de poder y sumisión particularmente proclives a manifestaciones violentas de intensidad creciente, una situación única necesitada de respuestas penales específicas y adecuadas a esa complejidad.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

El otro paso en esta misma línea generalizadora²⁵ lo encontramos en la introducción de una cláusula abierta en virtud de la cual se amplía el círculo de sujetos pasivos del art. 173.2 a toda persona que, amparada en cualquier clase de relación, se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del agresor. La referencia a “cualquier otra relación” demuestra que no se trata de una simple cláusula de recogida destinada a cubrir alguna clase concreta de parentesco que el legislador pudiera haber olvidado en su prolija enumeración²⁶, sino más bien de otra manifestación de la nueva tendencia ampliadora de los delitos de malos tratos que de esta manera vuelve a dar cabida a relaciones completamente ajenas a las de naturaleza afectivo-familiar, como es el caso de quienes convivan temporalmente con una familia en virtud de una relación laboral o de prestación de servicios –empleada/o del hogar, niñera/o, enfermera/o al cuidado de un anciano, etc-. Lo difícil aquí es encontrar el motivo por el que se equiparan este tipo de relaciones a las de naturaleza afectivo-familiar. Parece claro que el dato puramente objetivo de la convivencia es por sí mismo insuficiente, ya que no es comparable la situación de la mujer o los hijos maltratados que dependen afectiva y económicamente del agresor con el de un empleado que ante el más mínimo signo de maltrato es libre de romper la relación laboral y denunciar los hechos sin mayores riesgos. Ciertamente son imaginables algunas situaciones de subordinación extrema que resten libertad a la relación laboral o de prestación de servicios y expongan al empleado o empleada a alguna clase de abusos –por ejemplo, las extranjeras sin papeles-, pero ni se trata de casos habituales que justifiquen una tipificación específica, ni las potenciales víctimas de tales hechos estarían desamparadas por el Derecho penal²⁷.

En definitiva, la ampliación del círculo de sujetos pasivos en las dos líneas descritas da como resultado una figura híbrida de malos tratos compuesta por una amalgama de situaciones dispares que ya poco tienen que ver con las notas características de la violencia doméstica. No se trata de poner en duda la gravedad de las nuevas conductas incluidas en el tipo –al menos de algunas de ellas-, ni tampoco su ubicación entre los delitos contra la integridad moral. Lo que se discute es la conveniencia políticocriminal de darles respuesta en los mismos preceptos y con las mismas penas previstas para combatir el maltrato familiar²⁸, una decisión que, a mi modo de ver, resulta inadecuada en tanto resta especificidad al delito de violencia doméstica y con ello diluye el juicio de rotunda reprobación que merecen las relaciones de posesión y dominio en el contexto afectivo-familiar. Si la realidad da cuenta de otros supuestos de malos tratos merecedores de una severa respuesta penal –como el trato vejatorio detectado en residencias de ancianos o personas disminuidas- el legislador deberá buscar la forma adecuada de darles respuesta, aunque sería aconsejable que antes de embarcarse en la creación de nuevas y casuísticas figuras delictivas, reflexione sobre las múltiples posibilidades que ya ofrece el Código penal, comenzando por el delito genérico contra la integridad moral –art. 173.1- cualificado por la agravante de abuso de superioridad, por ejemplo.

Por lo demás, tampoco la forma escogida por el legislador para dar este giro políticocriminal parece la más adecuada, ya que se ha limitado a ampliar la lista de sujetos pasivos sin reparar siquiera en la incongruencia resultante en el ámbito de las penas, entre las que se prevé, por ejemplo, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, una sanción evidentemente pensada en función del componente familiar que hasta ahora marcaba la esencia del delito de malos tratos pero que carece totalmente de sentido en unas eventuales agresiones dirigidas contra una empleada del hogar, por ejemplo. O la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, tan razonable para controlar la agresividad del cónyuge maltratador como inexplicable si se trata de sancionar al encargado de una residencia de ancianos que no les proporciona los mínimos cuidados higiénicos y asistenciales.

3º. Pero, sin duda, el aspecto más arriesgado de la reforma es la decisión de **elevar a la categoría de delito las antiguas faltas relacionadas con la violencia familiar**, una decisión que algún autor justifica por “la extremada sensibilidad social sobre este tipo de violencia y la gravedad cuantitativa y cualitativa de semejantes conductas”²⁹.

En concreto, adquieren la condición de delito cuando la víctima es alguno de las personas enumeradas en el art. 173.2 las siguientes conductas constitutivas de falta:

a. Causar por cualquier medio o procedimiento “un menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito”³⁰, es decir, un menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental que no requiera para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico³¹.

25. Propia de otras legislaciones europeas, como es el caso de la alemana, donde el maltrato familiar aparece contemplado junto con otra serie de situaciones de subordinación de la víctima que en todo caso queda circunscrita a menores de dieciocho años o personas desvalidas por razón de enfermedad o debilidad, sin incluirse al cónyuge o conviviente. Véase ampliamente al respecto, OLMEDO CARDENTE, La violencia en el entorno doméstico: un análisis de Derecho comparado en Europa, en Estudios penales sobre la violencia doméstica, Madrid, 2002, pp. 616 y ss.

26. Aunque esta haya sido la finalidad del legislador, es sabido que las cláusulas abiertas siempre llevan consigo el riesgo de ampliaciones desmedidas y no pretendidas de las figuras delictivas. Parece perder de vista este matiz cuando proponer una cláusula de estas características con el fin de dar cabida a algunos parientes en línea colateral no incluidos en la enumeración legal –íos, sobrinos, cuñados, etc.-, MORILLAS CUEVA, Respuestas del Código penal, cit., p. 674.

27. Además del tipo genérico contra la integridad moral –al que cabría añadir la agravante específica de discriminación (art. 22.4º)-, resultarían de aplicación aquí los delitos contra los derechos de los trabajadores –en particular, el 312.2º y 314 CP-.

28. Parece sugerir este camino, MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, La violencia doméstica, cit., pp. 273 y ss.

29. Así, MORILLAS CUEVA, Respuestas del Código penal, cit., p. 685.

30. Se corresponde con la falta del art. 617.1 CP.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

La referencia expresa al “menoscabo psíquico” resulta perturbadora e inadecuada a la vista de la clara definición legal de las lesiones, dentro de la cual se concede un espacio específico a las perturbaciones de la salud psíquica –“mental” dice el Código-. Seguramente, la pretensión del legislador ha sido llamar la atención de los jueces para que no dejen de aplicar el precepto cuando el resultado de la agresión no tenga manifestaciones físicas pero sí alguna perturbación –leve- de la normalidad psíquica. Pero ello no autoriza a incurrir en defectos técnicos tan llamativos como este, donde un hecho claramente abarcado en el concepto de lesión pretende presentarse como resultado típico distinto y autónomo.

b. Golpear o maltratar de obra sin causar lesión³².

Como ya se advirtiera en líneas anteriores, la falta que hasta ahora recogía esta clase de conductas ocasionales ha sido uno de los instrumentos más utilizados por los operadores del derecho para sancionar los episodios de violencia doméstica, hasta el punto de habérsela considerado un auténtico estorbo para la lucha contra el maltrato familiar. No es casual que el Consejo General del Poder Judicial propusiera su eliminación y la elevación de estos hechos a la categoría de delito³³, tal como ahora se recoge en la ley.

c. Amenazar de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos³⁴.

Afortunadamente, en el caso de las faltas que afectan a la libertad de decisión o actuación, el legislador se ha limitado a elevar a la categoría de delito sólo las que revisten un mínimo de gravedad por el uso de medios peligrosos en el anuncio del mal. En cambio, permanecen en el ámbito de las faltas las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve aun cuando se dirijan contra alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2, si bien el art. 620.2 prevé para estos supuestos una pena agravada consistente en localización permanente de cuatro a ocho días –“siempre en domicilio diferente y alejado de la víctima”³⁵- o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días, al tiempo que elimina la exigencia de denuncia de la persona agraviada (salvo en las injurias)³⁶.

El dato único y decisivo para desgajar estos supuestos de maltrato físico o psíquico ocasional del ámbito de las faltas y elevarlos a la categoría de delito reside en las características personales de las potenciales víctimas, en concreto, en el hecho de formar parte del círculo de sujetos pasivos del art. 173.2. La pregunta ahora es si ese dato objetivo es suficiente por sí solo para fundamentar un cambio tan drástico en el juicio de desvaloración de la conducta, una cuestión que pese a su indudable trascendencia desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, no parece haber preocupado al legislador, quien se limita a justificar semejante salto cualitativo por razones puramente instrumentales, en concreto, porque de este modo “se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas”³⁷.

Es evidente que un análisis riguroso de la legislación penal no puede conformarse con semejante pretexto. Por mucho que un legislador en pleno frenesí criminalizador nos tenga acostumbrados a un uso desmedido e irreflexivo de la vía punitiva, si se quiere mantener un mínimo de racionalidad en la utilización del Derecho penal -ciertamente difícil en los tiempos que corren- resulta irrenunciable la búsqueda de un fundamento material capaz de justificar no sólo la prohibición penal de la conducta sino también la intensidad concreta de la pena con la que se amenaza su realización. Por eso es imprescindible preguntarse si basta el dato puramente objetivo de una relación afectiva o de parentesco entre agresor y víctima para incrementar la gravedad de los malos tratos ocasionales hasta el punto de convertir en delito unos comportamientos que realizadas sobre cualquier otra persona no superan las cotas de una desvaloración penal leve.

Y la respuesta a esta cuestión no puede ser más que negativa. De sobra han demostrado los estudios criminológicos que la nota más característica de la violencia doméstica es el clima de agresividad permanente en el que viven sus víctimas, un ambiente de ataques físicos y verbales que por su persistencia en el tiempo se hace cada vez más peligroso e intenso, hasta el punto de exponer a quienes lo padecen a una situación continua de riesgo para su vida e integridad³⁸. Ciertamente, habrá casos en los que un simple empujón, un insulto ocasional o una bofetada puedan marcar el inicio de una futura relación violenta. Pero no siempre es así. Al contrario, la propia intensidad de las relaciones afectivas y de parentesco permite imaginar episodios violentos aislados que para nada hacen presagiar un germen de violencia habitual. La madre agotada por las trav-

31. Este dato, que ha de ser valorado objetivamente, marca el límite entre el delito y la falta de lesiones (art. 147).

32. Se corresponde con la falta recogida en el art. 617.2, cuyo segundo párrafo -que hasta ahora comprendía una agravación específica cuando las víctimas coincidían con los sujetos pasivos del delito de violencia doméstica- quedó derogado por la reforma que comentamos (Artículo primero, quince, LO 11/2003)

33. En el ya citado Informe de 2001 puede leerse que “el Consejo General del Poder Judicial considera oportuno proponer la reforma del vigente Código Penal al objeto de que todas las agresiones que se produzcan en el seno familiar que alcancen la entidad suficiente para merecer una respuesta penal sean conceptuadas como delito”.

34. Se corresponde con la falta recogida en el art. 620.1 CP.

35. Redacción conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

36. Las penas indicadas son las previstas en la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004.

37. Exposición de Motivos de la LO 11/2003. En realidad, la privación de la tenencia y porte de armas podría haberse impuesto también en el ámbito de las faltas, si bien en tal caso tiene una duración máxima de un año –véase art. 33.4.b. CP-. En el art. 153 se amplía hasta tres años.

38. Sobre la teoría del “ciclo de la violencia” y sus críticas véase MEDINA, Violencia contra la mujer en la pareja, cit., pp. 134 y ss.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

esuras de su hijo que pierde la paciencia y le propina un golpe, el marido que en una discusión intensa con su mujer y afectado por el alcohol le dirige severos insultos que ocasionan en ella una depresión leve y pasajera, el hermano mayor que da una bofetada al más pequeño. Ninguno de estos hechos –ni tantos otros imaginables– reúnen las características mínimas para hablar de un atentado significativo a la integridad moral ni menos aún para augurar un peligro serio de muerte o de lesiones graves. Nada hay, pues, que justifique la severidad con la que se pretende responder ahora a estos casos de maltrato ocasional. El dato objetivo del parentesco o la relación afectiva no es suficiente para justificar un salto cualitativo de la magnitud que supone la conversión de una falta en delito. No se me oculta la posibilidad de justificar un mayor contenido de injusto en el incumplimiento de los deberes de protección y custodia que algunos familiares se deben entre sí, pero ese matiz puede quedar perfectamente valorado en el momento de determinación de la pena, sin que en ningún caso resulte suficiente para dar un salto cualitativo de la magnitud que propugna la reforma.

La justificación de la elevación de la falta de malos tratos a la categoría de delito es todavía más inexplicable cuando se piensa en algunos de los nuevos sujetos pasivos incluidos en el art. 173.2. ¿Qué tiene de particular, por ejemplo, un acto aislado de maltrato a un anciano en una residencia o una fuerte reprimenda a la niñera que convive en el domicilio familiar que le provoca una pequeña depresión?

Es evidente que el legislador se ha limitado a remendar de modo apresurado cuantos aspectos le parecían mejorables en la regulación de la violencia doméstica, sin detenerse a meditar sobre la incongruencia del sistema resultante.

El más serio intento por conceder algún fundamento material a la conversión de los malos tratos ocasionales en delito lo encontramos en el Informe sobre violencia doméstica elaborado en 2001 por el Consejo General del Poder Judicial, donde puede leerse que “las primeras agresiones, sólo en apariencia desprovistas de gravedad, llevan en sí el germen de la violencia, de una violencia moral que algunas veces tiene un reflejo físico evidente, pero que, incluso en aquellas otras en que no se materializa en forma de golpes o lesiones, comporta una gravedad intrínseca apreciable, cuyas nefastas consecuencias se acaban manifestando con el tiempo”. Es suma, es la presunción de la continuación en el maltrato la que parece justificar una respuesta punitiva intensa desde la primera manifestación leve de violencia. No es difícil contestar a este argumento: además de perder de vista las múltiples circunstancias susceptibles de originar episodios aislados de violencia entre parientes sin ningún síntoma de reiteración, prescinde de presupuestos tan básicos del Derecho penal democrático como la presunción de inocencia o el principio de culpabilidad, mandato este último en virtud del cual la intensidad de la pena debe estar en función de las manifestaciones externas de la conducta y no de meros pronósticos de actuación futuro.

En definitiva, no hay argumento material alguno capaz de justificar tan trascendente modificación legislativa. Lo decisivo en este caso –como se reconoce en la propia Exposición de Motivos– han sido razones de naturaleza puramente instrumental. Si se quiere encontrar la explicación de fondo de este giro policríiminal ha de volverse la vista a la profusa aplicación que hasta ahora venían haciendo los tribunales de justicia de la falta de malos tratos. Como ya se indicara en líneas anteriores, ninguno de los sucesivos retoques que ha experimentado el delito de violencia doméstica en los últimos años consiguió romper de modo drástico con una mala práctica forense demasiado propensa a tramitar la primera denuncia de malos tratos como falta, sin indagar sobre la auténtica magnitud de los hechos que estaban detrás de ese primer contacto con la Justicia, unos hechos que en la inmensa mayoría de los casos permitían su calificación como *delito* de maltrato habitual –en el sentido del antiguo art. 153 CP (hoy 173.2)³⁹. Ese defecto inicial colocaba a su vez a los jueces en una especie de callejón sin salida, ya que la calificación de los hechos como falta no sólo los obligaba a imponer penas leves sino que les impedía aplicar medidas cautelares contundente para asegurar la protección de la víctima. El diagnóstico es claro: una mala práctica forense provocaba situaciones de indefensión inaceptables para las víctimas. Lo sorprendente es el remedio elegido para superar esa mala práctica: en lugar de fomentarse un cambio en la forma de proceder de jueces y fiscales –perfectamente posible a la vista de que nada obliga a tramitar como falta la primera denuncia–, se opta por poner los medios para perpetuar el defecto en la aplicación de la ley⁴⁰. Porque si las dificultades derivadas de la tramitación de los hechos como falta no convencieron a los operadores del Derecho sobre la necesidad de indagar a fondo en la auténtica magnitud de la violencia escondida detrás de una primera denuncia, ¿qué cabe esperar ahora que la ley les facilita la aplicación de penas de prisión y medidas cautelares contundentes –incluida la prisión provisional⁴¹– ante un episodio único de maltrato ocasional? No es difícil pronosticar que este cambio legislativo condena a una función casi residual al delito de violencia habitual del art. 173.2, que cederá todavía más terreno a la antigua falta de malos tratos hoy convertida en delito.

39. Da la impresión de que existe una cierta confusión entre primera denuncia y primer episodio de maltrato, dos acontecimientos que, sin embargo, poco tienen que ver entre sí. Salvo casos aislados de primeras agresiones muy intensas, lo normal es que la mujer no se decida a denunciar hasta que la violencia ha adquirido ya un carácter habitual difícilmente soportable. Es recomendable en este punto el magnífico estudio de Elena Larrauri sobre las múltiples circunstancias que influyen sobre las mujeres a la hora de decidir sobre la denuncia. Véase LARRAURI, ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, en Revista de Derecho Penal y Criminología, n° 12, 2003, pp. 271 y ss.

40. Tiene razón GÓMEZ NAVAJAS cuando sostiene que “más que introducir modificaciones legales, se hace necesario aplicar rigurosamente la legislación vigente e interpretar adecuadamente y escrupulosamente los tipos penales”, en RUBIO (coord.), Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres, Sevilla, 2003, p. 94.

41. La reciente reforma en materia de prisión provisional permite decretarla aun cuando la pena prevista en el tipo no alcance el límite mínimo general de dos años de prisión, siempre que se trate de “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal” –art. 504, apartado 1, 3.0.c) LEC, en su versión reformada por la LO 13/2003, de 24 de octubre–.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

Todo ello pone en evidencia una preocupante forma de legislar que ha perdido de vista casi por completo los principios delimitadores de un Derecho penal democrático. Nada hay que objetar a la contundencia con la que la ley responde a la violencia doméstica habitual que tan nefastas consecuencias deja en nuestra sociedad. Lo discutible es que con la excusa de prevenir esos hechos tan graves se justifique un desmesurado avance punitivo que arrastra en su camino un cúmulo de conductas que, o son totalmente ajenas al fenómeno de la violencia doméstica o, en el peor de los casos, sólo representan una primera manifestación que por su escasa de gravedad intrínseca no justifican más sanción penal que la prevista, en general, para esa clase de comportamientos –es decir, la pena de las faltas–.

4º. En otro orden de cosas, las nuevas medidas penales para combatir la violencia doméstica alcanzan también al ámbito de las **circunstancias agravantes**. Y ello en un doble sentido.

Por un lado, se modifica la circunstancia genérica mixta de parentesco del art. 23 CP para dar cabida a las relaciones conyugales o de convivencia ya extinguidas. Se trata de una decisión acertada que permitirá valorar adecuadamente el particular contenido de injusto de los muertos o lesiones causadas por el ex conviviente en la etapa posterior a la ruptura de la pareja, una situación que lamentablemente se repite con frecuencia en el contexto de relaciones afectivas marcadas por los malos tratos.

La otra novedad se refiere a una circunstancia específica añadida tanto al delito de violencia habitual del art. 173.2 como a los malos tratos ocasionales del art. 153. En ambos casos se prevé la aplicación de la pena en su mitad superior cuando los hechos se produzcan concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: en presencia de menores; utilizando armas; cuando el hecho tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima; o cuando se realicen quebrantando las penas de alejamiento o de comunicación con la víctima o las medidas cautelares de la misma naturaleza.

Se trata de un conglomerado algo confuso de circunstancias que responden a fundamentos distintos. En el primer caso, son decisivos los efectos colaterales que el maltrato produce en los menores que viven el ambiente violento; en los siguientes, el fundamento parece estar en el abuso de superioridad implícito en el modo de ejecución –uso de armas– o en el lugar donde ocurre el maltrato –en la intimidad del domicilio–; en el último supuesto, en cambio, el incremento de injusto no proviene de ninguna particularidad del hecho cometido, sino más bien de un dato externo a la conducta agresiva que afecta a la Administración de Justicia, en concreto, el incumplimiento de un mandato judicial de alejamiento de la víctima⁴². Esta fundamentación –a mi modo de ver la única posible– plantea, sin embargo, un solapamiento de difícil solución con el delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP), en cuyo contexto se incluye no sólo a quien quebranta la ejecución de una pena –vg. el maltratador que se acerca a la víctima pese a estar condenado a alguna de las penas accesorias del art. 57–, sino también a quien desobedece una medida cautelar. Parece claro que la aplicación conjunta del tipo agravado y el delito de quebrantamiento de condena afectaría al principio *non bis in idem*⁴³, motivo por el cual la solución probablemente deberá buscarse en los criterios que resuelven el concurso de leyes. En todo caso, una vez más el legislador ha acudido a una solución fácil y precipitada, sin reparar en que el problema de la desobediencia de las órdenes de alejamiento no se debe tanto a la existencia de lagunas legales –que, como se ve, no las había– como a la falta de medios materiales y humanos para hacer efectivos esos mandatos judiciales. Mientras el maltratador siga contando con la sensación de impunidad derivada de un escaso seguimiento policial de su conducta, difícilmente podrán prevenirse los ataques a la víctima con amenazas punitivas cuya ineficacia se prevé de antemano. Es posible que la facultad que ahora se concede al juez o tribunal para acordar el control de las medidas de alejamiento a través de medios electrónicos pueda jugar un papel positivo en este sentido (véase el art. 48.3 CP en su redacción conforme a la LO 15/2003).

5º. Por último, la reforma también introduce algunas novedades de interés en materia de **penas**. Además de las correspondientes penas de prisión, previstas en los dos delitos de violencia doméstica, ambos preceptos añaden otras sanciones hasta ahora no contempladas.

Por una parte, se impone “en todo caso” la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, que, en los supuestos del art. 153 puede llegar a tres años y cuando concurre la violencia habitual del art. 173.2 hasta cinco. Se trata de una medida que venía demandándose de forma insistente desde los órganos encargados de la custodia y protección de las mujeres maltratadas a la vista de la incongruencia que suponía el castigo de un sujeto por su demostrada agresividad sin poner al mismo tiempo los medios adecuados para impedirle el contacto con las armas.

La otra pena, de naturaleza facultativa, permite al juez o tribunal inhabilitar al condenado para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por un período que puede llegar a los cinco años en el caso más grave de vio-

42. Múltiples son los modelos ensayados en otras legislaciones para asegurar el cumplimiento de las medidas de protección de las víctimas del maltrato doméstico, desde su tipificación específica como delito de desobediencia, pasando por la imposición alternativa de otro tipo de penas, hasta su consideración como agravante del propio delito de maltrato, como ahora prevé nuestra ley. Este es el modelo seguido en la Ley para la prevención e intervención contra la violencia doméstica de Puerto Rico. En general, sobre los diversos modelos, véase GONZÁLEZ CUSSAC, La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja Política criminal, en Revista jurídica galega, n° 38, 2003, nota n° 28, p. 31.

43. Sobre el bien jurídico en el delito de quebrantamiento de condena, véase GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Pamplona, 2002, p. 1902.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

lencia habitual, siempre que lo considere adecuado al interés del menor o incapaz. Esta última referencia pone de manifiesto que la decisión del tribunal no puede fundarse en la necesidad de cerrarle al agresor una de las vías más utilizadas para mantener algún control sobre la mujer maltratada. Pese a la habitualidad de estas situaciones –amenazas de hacer daño a los hijos si no vuelve con él, por ejemplo- la ley no se basa en ellas para fundamentar la pena de suspensión de la patria potestad, sino exclusivamente en el interés del propio menor. El juez deberá valorar, entonces, si la continuación del contacto entre el agresor y sus hijos –obviamente si ellos no son víctimas directas del maltrato- puede afectar de algún modo relevante el normal desarrollo personal y emocional de los menores. Sólo bajo estas circunstancias, que siempre deberá motivar en la sentencia, podrá imponer esta pena de inhabilitación especial.

Más allá de estas penas específicas, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, introduce también algunas modificaciones de interés en la regulación de las penas accesorias de alejamiento y prohibición de comunicación con la víctima.

En lo relativo al contenido de la pena de alejamiento, se modifica el art. 48 CP estableciendo la suspensión, respecto de los hijos, del régimen de visitas, comunicación y estancia hasta el total cumplimiento de la pena. Aunque el texto no es demasiado claro, una interpretación congruente con la pena de inhabilitación que se acaba de analizar parece indicar que tal suspensión sólo debería operar cuando la víctima del maltrato sean los propios hijos. Una interpretación más amplia que extendiera la suspensión a los supuestos de malos tratos conyugales parece poco coherente con la línea general que inspira al Código penal en esta materia, en virtud de la cual sólo se admite la limitación o suspensión de derechos vinculados a la patria potestad cuando así lo requiere el interés del menor.

Por su parte, resulta profundamente modificado el art. 57, relativo a la aplicación de las penas accesorias de prohibición de residir en determinados lugares, aproximarse a la víctima o comunicar con ella o sus allegados. La precisiones se establecen en tres líneas distintas: en primer lugar, si la pena principal es de prisión, el juez debe acordar una duración de las penas de alejamiento necesariamente superior a aquélla, medida con la que sin duda se intenta evitar los actos de venganza del agresor a su salida del centro penitenciario. En segundo término, y con este mismo fin protector de las víctimas, se impone el cumplimiento simultáneo de ambas penas, con lo que se evita que el penado pueda acercarse a la víctima aprovechando un permiso de salida o la concesión del tercer grado penitenciario. Por último, el precepto impone como obligatoria la pena de prohibición de aproximarse a la víctima o sus familiares o allegados cuando la persona afectada por el delito sea alguna de las mencionadas en el art. 173.2 y el hecho consista en alguna de las figuras delictivas recogidas en el art. 57. Desde luego, basta una simple ojeada al listado de delitos mencionados en el art. 57 para detectar otra improvisación incomprensible del legislador: ¿qué sentido puede tener, por ejemplo, imponer la prohibición de aproximarse a la esposa si el delito cometido contra ella por su marido es una estafa o una apropiación indebida? ¿o si se trata del enfermero de un asilo de ancianos que ocasionalmente ha hurtado algún dinero de uno de ellos? Este nuevo dislate legislativo no hace más que demostrar los alarmantes efectos de una precipitación irreflexiva en el modo de hacer las leyes, una improvisación que es particularmente peligrosa cuando se juega con las libertades de los ciudadanos.

4. Hasta aquí la relación de las novedades legislativas, una exposición que deja la imagen de otra reforma precipitada en la que el legislador no se ha detenido a pensar en las causas más profundas de la violencia doméstica, única garantía de acertar con un modelo de prevención mínimamente eficaz⁴⁴. Buena prueba de ello es la excesiva ampliación del círculo de sujetos pasivos del art. 173.2, que ha dado lugar a un delito indiferenciado de malos tratos habituales con abuso de superioridad en el que la violencia doméstica se diluye como un caso más de atentado a la integridad moral, perdiéndose de vista el grave riesgo para la vida e integridad de las víctimas del maltrato familiar que hunde sus raíces en los valores de posesión y sumisión tan característicos de la sociedad patriarcal.

Pero este no es quizás el peor de los males. El imparable avance punitivo, inspirado antes en la crónica de sucesos que en criterios racionales de Política criminal, ha dado lugar a una superposición de medidas represivas –algunas de ellas claramente desproporcionadas, como la elevación de la falta de maltrato ocasional a la categoría de delito- carentes de una mínima coherencia interna que permita vislumbrar los objetivos concretos que persigue la reforma. La propia dispersión de los delitos de violencia doméstica, uno de ellos situado en el Título del Código penal dedicado a la integridad moral y el otro entre las figuras de lesiones, da cuenta de esta ausencia de líneas políticocriminales claras y del dominio casi absoluto de la técnica del remiendo. Cuantos más pasos se dan en este camino precipitado de reformas y contrarreformas parciales, más clara se vislumbra la necesidad de una ley integral contra la violencia doméstica que permita atajar el fenómeno en toda su complejidad, una complejidad que sin duda se transmite al ámbito normativo exigiendo, cuando menos, medidas complementarias y coherente de naturaleza civil⁴⁵, penal y procesal. La reciente reforma que comentamos, no es más que otro paso en un camino equivocado que muy pronto hará exigibles nuevos retoques de una legislación ya bastante confusa.

44. Véase en este sentido, RUBIO, Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres, cit., p. 42.

45. Sobre los aspectos civiles de la violencia de género, véase SILLERO CROVETTO, en RUBIO, Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres, cit., pp. 173 y ss.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

ANEXO: PRECEPTOS AFECTADOS POR LAS ÚLTIMAS REFORMAS

Art. 23. Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente. (texto conforme a LO 11/2003, de 29 de septiembre)

Art. 48.

.....

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.

.....

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan. (texto conforme a LO 15/2003, de 25 de noviembre)

Art. 57. 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 no superior entre uno y 10 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 encuentren 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. (texto conforme a LO 15/2003, de 25 de noviembre)

Art. 153. El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guardo o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. (texto conforme a LO 11/2003, de 29 de septiembre)

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

Art. 173.2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes 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 encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. (texto conforme a LO 11/2003, de 29 de septiembre)

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS⁴⁶.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002, contemplaba un conjunto de actuaciones que incluían medidas tanto organizativas como legislativas. Entre estas últimas se ponía un especial acento en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros.

Esta ley orgánica viene a completar el conjunto de medidas legislativas que sirven de desarrollo a dicho plan y, por ello, no debe considerarse aisladamente, sino en el conjunto de iniciativas del Gobierno para mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las agresiones de la delincuencia.

Alcanzar estos objetivos exige abordar una serie de reformas en las materias mencionadas para lograr un perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, cuyos elementos esenciales se exponen a continuación.

II

La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada.

El presente texto establece, en primer lugar, medidas dirigidas a dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales. Se introduce, por tanto, una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado. Dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la

gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado.

Por otra parte, se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados. Así, los artículos 147, respecto a las lesiones, 234, respecto al hurto y 244, respecto a la sustracción de vehículos, establecen una pena de delito para la reiteración en la comisión de faltas, siempre que la frecuencia sea la de cuatro conductas constitutivas de falta en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracción de vehículos de motor el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito.

III

El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido.

En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617.

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

46. Publicada en el BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, páginas 35398-35404. Se reproduce de forma parcial.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

IV

Nuestro ordenamiento jurídico proporciona una adecuada respuesta y protección a los extranjeros que residen legalmente en España. Sin embargo, también es cierto que la experiencia acumulada frente a un fenómeno cada vez más importante exige abordar reformas desde diversas perspectivas:

1.º La respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos. Se introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, en coherencia con la reforma de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión. En concreto, se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión.

De esta forma se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Paralelamente se reforma el artículo 108 del Código Penal para establecer, con carácter general, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España en sustitución de las medidas de seguridad aplicadas por el juez o tribunal a consecuencia de la comisión de un delito.

2.º La respuesta penal frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos.

La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (y la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188) tienen como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino.

La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo

relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina.

Nuestro ordenamiento jurídico ya recogía medidas para combatir este tipo de delincuencia, realizando la presente reforma una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las mismas. El nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas —con independencia de que sean o no trabajadores— será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz.

Por último, se ha incluido en el artículo 318 la posibilidad de que los jueces o tribunales impongan alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 del Código Penal.

3º La existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina.

En la actual reforma se modifica el artículo 149 del Código Penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a 12 años.

Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones.

4.º La adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país. Con el objetivo

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutaran de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración. En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio.

El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España.

Para ello, se reforma el artículo 107 del Código Civil estableciendo que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público.

5.º Por último, la adaptación de la Ley de extranjería a la realidad delictiva y procesal existente.

Esta ley orgánica reforma también la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ya fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, para mejorar el régimen jurídico de entrada y permanencia en territorio español de los extranjeros.

Se trata ahora, mediante la reforma de los apartados 4 y 7 del artículo 57 y del artículo 62.1, de mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal.

Con la nueva redacción del apartado 4 del artículo 57 se mejora el texto actual, aclarando que la expulsión, además de conllevar «en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado», implicará también «el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España».

Igualmente, esta ley orgánica, al modificar el artículo 57.7 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, trata de hacer frente a los problemas que se derivan de los supuestos en que los extranjeros se encuentran sujetos a uno o varios procesos penales. La solución que se adopta consiste en prever que cuando un extranjero se encuentre procesado o incul-

pado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existe orden de expulsión debidamente dictada, se autorice judicialmente la expulsión.

La nueva redacción del artículo 57.7 establece un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello. En él, la autoridad gubernativa solicita la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada en un expediente administrativo cuando el extranjero se encuentre incurso en un procedimiento penal. El plazo para dictar dicha resolución judicial es muy breve, pues no podrá pasar de los tres días.

Con ello se garantiza la eficacia de la orden de expulsión incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales. También se prevé el modo de actuar cuando sean varios los órganos judiciales que están conociendo procesos penales contra un mismo ciudadano extranjero. En este caso, como es lógico, se impone a la autoridad gubernativa el deber de solicitar la autorización de la expulsión a todos esos órganos jurisdiccionales.

Por último, esta reforma también mejora la regulación de la resolución judicial que dispone el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. Con ella se trata de garantizar que las resoluciones administrativas o judiciales de expulsión no queden sin efecto por la imposibilidad de hallar al extranjero.

Artículo primero. *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

Uno. Se modifica el artículo 23, que queda redactado como sigue:

«Artículo 23.

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.»

Dos. Se modifica el artículo 66, que queda redactado como sigue:

«Artículo 66.

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:
 - 1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.
 - 2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

- 3.^a Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.
 - 4.^a Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurre atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.
 - 5.^a Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.
 - 6.^a Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.
 - 7.^a Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.
 - 8.^a Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.
2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.»

(...)

Cinco. Se añade un párrafo al apartado 1 y se modifica el apartado 2 del artículo 147, con la siguiente redacción:

«Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.»

Seis. Se modifica el artículo 149, que queda redactado como sigue:

«Artículo 149.

1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.
2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.»

Siete. Se modifica el artículo 153, que queda redactado como sigue:

«Artículo 153.

El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeara o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.»

Ocho. Se modifica el artículo 173, que queda redactado como sigue:

«Artículo 173.

1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.
2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.»

Nueve. Se modifica el artículo 188, que queda redactado como sigue:

«Artículo 188.

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.
2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevalidándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.
4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agre-

siones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.»

Diez. Se añade un párrafo segundo al artículo 234, que queda redactado como sigue:

«Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.»

Once. Se añade un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 244, que queda redactado como sigue:

«Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.»

Doce. Se modifica el artículo 318, que queda redactado como sigue:

«Artículo 318.

Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.»

Trece. Se modifica el artículo 318 bis, que queda redactado como sigue:

«Artículo 318 bis.

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.
2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión.
3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.
4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevalidándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previs-

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

tas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedice a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.»

Catorce. Se modifica el párrafo 1.º del artículo 515, que queda redactado como sigue:

«1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.»

Quince. Se deroga el último párrafo del apartado 2 del artículo 617.

(...)

Artículo tercero. Modificación del Código Civil.

Uno. La rúbrica del capítulo XI del título IV del libro I del Código Civil quedará redactada del siguiente modo:

«Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio.»

Dos. El segundo párrafo del apartado 2 del artículo 9 del Código Civil quedará redactado del siguiente modo:

«La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.»

Tres. El artículo 107 del Código Civil quedará redactado del

siguiente modo:

«Artículo 107. 1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

- a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.
- c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.»

Disposición final primera. Carácter de esta ley.

El artículo tercero de esta ley tiene carácter ordinario y se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta ley orgánica. Madrid, 29 de septiembre de 2003.

(...)

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

LEY ORGÁNICA 14/2003, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL, MODIFICADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE; DE LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL; DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN, Y DE LA LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL⁴⁷.

Artículo primero. *Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.*

Se modifican los artículos 1, 4, 17, 18, 19, 25, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 53, 54, 55, 58, 63, 64 y 66, así como la rúbrica del capítulo IV del título II, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; y se introducen los nuevos artículos 25 bis, 30 bis, 62 bis, 62 ter, 62 quáter, 62 quinquies y 62 sexies y 71 y las nuevas disposiciones adicionales tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava, en la Ley Orgánica 4/2000, quedando todos ellos redactados en la siguiente forma:

(...)

Cinco. Se modifica el artículo 19, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 19. *Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.*

1. El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando obtenga una autorización

para trabajar. En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma.

2. Los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.
3. Los ascendientes reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar cuyos efectos se supeditarán a lo dispuesto en el artículo 17.3.»

(...)

Disposición final tercera. *Adaptación reglamentaria.*

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la publicación de esta ley orgánica, adaptará a sus previsiones el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

La presente ley orgánica entrará en vigor al mes de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

LEY 30/2003, DE 13 DE OCTUBRE, SOBRE MEDIDAS PARA INCORPORAR LA VALORACIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO EN LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE ELABORE EL GOBIERNO⁴⁸.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) en 1995 renovó el compromiso de la comunidad internacional para lograr la igualdad entre los géneros,

así como el desarrollo y la paz para todas las mujeres. En la misma se invitó a los gobiernos y a los demás agentes a «integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los

⁴⁷. Publicada en el BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003, páginas 41193-41204. Se reproduce de forma parcial.

⁴⁸. Publicada en el BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2003, páginas. 36770-36771.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

hombres respectivamente, antes de tomar decisiones».

Los gobiernos, el sistema de las Naciones Unidas y la sociedad civil han ido realizando considerables esfuerzos a fin de lograr la equidad entre los géneros en todos los ámbitos. No obstante, el proceso ha sido lento y errático, las preocupaciones de la mujer aún tienen una prioridad secundaria en algunas partes del mundo.

Por ello, del 5 al 9 de junio de 2000, se llevó a cabo un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General a fin de hacer una evaluación quinquenal, conocida como Beijing+5, cuyo tema fue «La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el siglo XXI», y durante la misma se analizaron los mecanismos para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato que figura en la Plataforma de Acción, reiterando la necesidad de aplicar de manera completa y rápida dicha Plataforma.

En el ámbito de la Unión Europea, con la entrada en vigor el día 1 de mayo de 1999 del Tratado de Amsterdam, se inició una nueva etapa en el proceso de construcción europea y especialmente en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En este contexto la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en todas las políticas y la eliminación de las desigualdades constituye una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de las políticas de la Unión Europea.

Posteriormente, la proclamación solemne por el Parlamento, el Consejo y la Comisión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con ocasión de la Cumbre Europea que tuvo lugar en Niza, supuso un avance más en la consecución de la igualdad respecto al Tratado de Amsterdam.

En el seno de la Unión Europea y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, se aprobó la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), destacando que en la misma se articula la evaluación del impacto en función del sexo en distintos ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria (vida económica, social, vida civil, roles, etc.), como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa.

Por otro lado, la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó una comunicación sobre la transversalidad «mainstreaming» como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias y elaboró una «Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género» diseñada para proyectarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar con-

secuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias.

Artículo primero.

Modificación del artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Se modifica el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que quedará redactado de la siguiente forma:

«2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica.»

Artículo segundo.

Modificación del artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Se añade un segundo párrafo en el apartado 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, con la siguiente redacción:

«En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.»

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta ley.

Disposición final única.

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 13 de octubre de 2003.

**COMENTARIO A LA LEY 30/2003, DE 13 DE OCTUBRE
POR LA QUE SE INCORPORA LA VALORACIÓN DE
IMPACTO DE GÉNERO EN LAS DISPOSICIONES
NORMATIVAS QUE ELABORE EL GOBIERNO.**

La Conferencia de Pekín de 1995, sigue siendo el referente, después de ocho años, de las medidas de igualdad compensatoria que el derecho estatal contempla para una pretendida consecución de igualdad real. E igualmente, la referencia al marco europeo, que desde la aprobación del Tratado de Amsterdam y la Cumbre de Niza, sirve de fundamentación

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

a la aprobación de esta ley que curiosamente no busca sus antecedentes en la Constitución Española y las exigencias de la igualdad reconocidas en los arts. 14 y 9.2.

Esta ley que ahora se aprueba a nivel estatal, es con muy ligeras variaciones, de contenido similar a la ley 4/2001, de 9 de abril de modificación del aptdo. 2 del art. 63 de la ley 13/89, de 14 de diciembre de procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña. Además, fue en efecto una iniciativa política de Convergencia i Unió asumida por el Gobierno de la Nación, y de ahí la práctica reiteración del contenido de la Exposición de Motivos y del contenido de la Ley.

Como se puede observar en el contenido su artículo primero, la ley modifica el aptdo. 2 del art. 22 de la ley 50/97, de 27 de noviembre, exigiendo además de la memoria económica que se preveía anteriormente, un informe sobre el impacto de género en cada proyecto de ley que se someta al Congreso.

Esta exigencia de la valoración de impacto en materia legislativa, (y reglamentaria, que también se exige en su art. 2 y último), constituye una medida mas de las que se están adoptando en los últimos años acerca de la igualdad de género, y que tanto en el ámbito estatal como de las CC.AA, constituyen una pretendida confesión de fe pública de la lucha por los derechos de la mujer.

Ahora bien, y una vez valorado el gesto, que desde luego tiene una valoración altamente positiva, en la medida en que progresivamente se van incorporando a nuestro orde-

namiento jurídico, normas de consecución de la igualdad que difícilmente tendrán una vuelta atrás, hay que decir con toda claridad que se trata una vez, mas de seguir manteniendo una postura estética de gestos, que intentan dar una imagen estética de las preocupaciones de los poderes públicos por la igualdad, pero que no estamos ante una verdadera intención de buscar la igualdad material para las mujeres en nuestro ordenamiento jurídico. Porque una vez que se aprueba esta ley y se hace exigible ese informe de impacto, en ningún lugar se puede encontrar la forma y manera de llevar a cabo esa valoración, ni consta en la propia ley de que organismos e instituciones se va a recabar el criterio o baremo para considerar que estamos ante una ley que transgrede la igualdad de género.

Como dijimos en el número 7 de este mismo boletín con referencia a la ley de la Generalidad de Cataluña, la aprobación de una ley con la previsión de informe sobre el impacto de género sin sujeción a criterio alguno, deja prácticamente fuera de toda posibilidad que, hasta que no se produzca en efecto una nueva legislación sobre criterios y baremos, se pueda hablar de efectividad de la norma.

En todo caso, es cierto que la existencia de esta ley 30/2003, es otro paso en esa igualdad siempre renombrada pero no por ello más acrecida, que las mujeres reivindicamos cada día y que se retrasa no se sabe bien cuánto todavía en llegar. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

LEY 36/2003, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE REFORMA ECONÓMICA⁴⁹.

(...)

TÍTULO III

Mejora de la acción protectora de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y de fomento de su actividad

Artículo quinto. *Reducción en la base de cotización para los jóvenes y mujeres de nueva incorporación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.*

Se agrega una nueva disposición adicional, la trigésima quinta, al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los términos siguientes:

«Disposición adicional trigésima quinta. Reducción en la

base de cotización de los nuevos trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

En el supuesto de que en el momento del alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los trabajadores tengan 30 o menos años de edad, la base de cotización será la elegida por ellos entre el 75 por ciento de la base mínima y hasta la cuantía de la base máxima, fijadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio y durante los tres años inmediatamente siguientes a la fecha de efectos de dicha alta. Lo previsto en el párrafo anterior será igualmente de aplicación a las mujeres que en el momento del alta inicial en el citado régimen especial tengan 45 o más años.

En los supuestos previstos anteriormente, y a efectos del

⁴⁹. Publicada en el BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 2003, páginas 39925-39942. Se reproduce parcialmente.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

cálculo de la base reguladora de las correspondientes prestaciones, se tomarán en cuenta las bases sobre las que efectivamente se haya cotizado.»

(...)

Disposición final segunda. *Fomento de empleo de las mujeres trabajadoras en los supuestos de maternidad.*

1. Se añade un nuevo apartado 4 al número «Uno. Ámbito de aplicación» del artículo 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con la siguiente redacción:

«4. Los contratos de trabajo, de carácter indefinido o de duración determinada o temporales, de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo, así como la transformación de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, darán derecho a las bonificaciones previstas en este artículo cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto, siempre que éste se hubiera producido con posterioridad al 27 de abril de 2003.

Las cooperativas y las sociedades laborales tendrán derecho a dichas bonificaciones respecto de sus socias trabajadoras o de trabajo, con vínculo de carácter indefinido, siempre que la entidad haya optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.»

2. Se modifica el apartado 9 del número «Tres. Incentivos» del artículo 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, quedando redactado en los siguientes términos:

«9. Los contratos de trabajo y relaciones a que se refiere el apartado 4 del número Uno de este artículo, darán derecho a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100 por ciento durante los doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo tras el período de suspensión del contrato por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo, de acuerdo con lo establecido en el citado apartado 4.

En el supuesto de contratos de duración determinada o temporales suscritos con anterioridad al 27 de abril de 2003, cuando se produzca la reincorporación en los términos señalados en el párrafo anterior y, antes de haber transcurrido un año desde la misma, se transforme el contrato en indefinido, la duración de la bonificación a que se refiere el párrafo anterior será de dieciocho meses.

La bonificación a que se refiere el párrafo anterior no será acumulable a otras bonificaciones previstas por transformación de contratos.»

3. Se añade un nuevo apartado 10 al número «Tres. Incentivos» del artículo 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con la siguiente redacción:

«10. Los contratos de trabajo acogidos al presente programa de fomento del empleo estable se formalizarán en el modelo oficial que disponga el Instituto Nacional de Empleo, excepto en el supuesto de contratos ya existentes, a los que se refieren los apartados 3 y 4 del número Uno.»

4. Se modifica el apartado 3 del número «Cinco. Exclusiones», del artículo 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que queda redactado en los siguientes términos:

«No serán aplicables a las aportaciones empresariales relativas a trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones públicas o en los Organismos públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado:

a) Las bonificaciones de los contratos indefinidos con trabajadores de sesenta o más años y con una antigüedad en la empresa de cinco o más años.

b) Las bonificaciones de los contratos de trabajo de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo.»

(...)

Disposición final cuarta. *Fomento del empleo de las mujeres con minusvalía.*

Se añade un párrafo segundo en el artículo 44.Dos.1.a) de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con la siguiente redacción:

«En el supuesto específico de que se contrate a mujeres minusválidas, las empresas tendrán derecho a una bonificación del 90 por ciento en la cotización empresarial por contingencias comunes si la mujer contratada tiene una edad igual o superior a cuarenta y cinco años y del 80 por ciento en caso de que sea menor de dicha edad.»

Disposición final quinta. *Disposiciones de aplicación y desarrollo.*

Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones que sean necesarias para la aplicación y desarrollo de esta ley.

Disposición final sexta. *Entrada en vigor.*

La presente ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

(...)

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TJUE ·

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (SALA SEXTA), DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO⁵⁰.

En el asunto C-77/02, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Verwaltungsgericht Sigmaringen (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Erika Steinicke y Bundesanstalt für Arbeit, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 141 CE y de las Directivas 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52); 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), y 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. J.-P. Puissechet, Presidente de Sala, y los Sres. R. Schintgen y V. Skouris, la Sra. F. Macken (Ponente) y el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Jueces; Abogado General: Sr. A. Tizzano; Secretario: Sr. R. Grass; consideradas las observaciones escritas presentadas: - en nombre de la Sra. Steinicke, por el Sr. T. Lenz, Rechtsanwalt; - en nombre del Gobierno portugués, por los Sres. L. Fernandes, A. Seïça Neves y A.J. Simões, en calidad de agentes; - en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. N. Yerrell y el Sr. H. Kreppel, 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 resolución de 10 de diciembre de 2001, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de marzo de 2002, el Verwaltungsgericht Sigmaringen planteó, con arreglo al artículo 234 CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 141 CE y de las Directivas 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52); 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación

del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), y 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9).

2. Esta cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Sra. Steinicke y el Bundesanstalt für Arbeit (Oficina Federal de Empleo), en relación con la exclusión de aquella del acceso al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad.

Normativa comunitaria

3. A tenor del artículo 141 CE:

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

[...]

Directiva 75/117

4. Con arreglo al artículo 1 de la Directiva 75/117, el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras implica, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.

5. El artículo 3 de la Directiva 75/117 establece que los Estados miembros suprimirán las discriminaciones entre hombres y mujeres que se deriven de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y que sean contrarias al principio de igualdad de retribución.

Directiva 76/207

6. Del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 76/207 se desprende que ésta tiene por objeto la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2 del mismo artículo, a la seguridad social.

⁵⁰ El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de acceso gratuito, y puede sufrir modificaciones. La versión definitiva de este texto se publica en la "Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia".

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TJUE ·

7. A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207: «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.»
8. El artículo 5 de la Directiva 76/207 dispone: «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 mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.
2. Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:
- a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;
 - 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;
 - c) se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser; que, para las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las revisiones que sean convenientes.»
- Directiva 97/81*
9. La cláusula 1, letra a), del anexo de la Directiva 97/81 establece que el objetivo del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial es garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial.
10. A tenor de la cláusula 4, apartado 1, del anexo de la Directiva 97/81: «Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.»

Normativa nacional

Disposiciones nacionales vigentes hasta el 30 de junio de 2000

11. Con arreglo al artículo 72 *ter*, apartado 1, primera frase, de la Bundesbeamtengesetz (Ley federal de la función pública; en lo sucesivo, «BBG»), de 14 de julio de 1953 (BGBl. I, p. 551), en su versión publicada el 31 de marzo de 1999 vigente hasta el 30 de junio de 2000 (BGBl. I, p. 675; en lo sucesivo, «disposición controvertida»): «Podrá concederse un empleo a tiempo parcial que represente la mitad de la jornada laboral normal a los

funcionarios que perciben una retribución que así lo soliciten, siempre que dicha solicitud abarque el período anterior al comienzo de la jubilación, cuando el funcionario:

1. haya cumplido los 55 años,
 2. haya trabajado, como mínimo, tres años en total a tiempo completo en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial,
 3. el empleo a tiempo parcial comience antes del 1 de agosto de 2004 y
 4. no se oponga a ello ninguna exigencia imperativa del servicio [...]
12. El trabajo a tiempo parcial por razón de la edad con arreglo a la BBG puede consistir bien en un empleo a tiempo parcial continuo en el que la jornada laboral efectiva representa la mitad de la jornada laboral normal (fórmula a tiempo parcial, «Teilzeitmodell»), o bien ajustarse a la fórmula de dos fases («Blockmodell»), en la que a una «fase trabajada» a tiempo completo (o, en todo caso, más que a media jornada) le sigue una «fase de dispensa» («Freistellungsphase»).
13. En virtud del artículo 6, apartado 1, de la Bundesbesoldungsgesetz (Ley sobre retribuciones federales), de 23 de mayo de 1975 (BGBl. I, p. 1173), en su versión publicada el 3 de diciembre de 1998 (BGBl. I, p. 3434, en lo sucesivo, «BBesG»), en caso de trabajo a tiempo parcial la retribución se reducirá en la misma proporción que la jornada laboral.
14. En caso de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, el artículo 2, apartado 1, del Verordnung über die Gewährung eines Zuschlags bei Altersteilzeit (Reglamento sobre la concesión de un suplemento en caso de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad), de 21 de octubre de 1998 (BGBl. I, p. 3191, en lo sucesivo, «ATZV»), establecía que el importe del suplemento concedido era igual a la diferencia entre la retribución neta que resulta del artículo 6, apartado 1, de la BBesG y el 83 % de la retribución neta que se pagaría por un empleo realizado a tiempo completo.
15. El artículo 6, apartado 1, primera frase, de la Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter in Bund und Ländern (Ley sobre las pensiones de funcionarios y jueces en el Bund y en los Länder), de 24 de agosto de 1976 (BGBl. I, p. 3839, en lo sucesivo, «BeamtVG»), en su versión publicada el 16 de marzo de 1999 (BGBl. I, p. 322, rectificada en pp. 847 y 2033), establecía que el tiempo de servicio que un funcionario ha cumplido como tal, a contar desde la fecha de su primera titularización como funcionario en el seno de la función pública, devenga derecho a pensión.
16. Con arreglo al artículo 6, apartado 1, tercera frase, de la BeamtVG, los períodos de trabajo a tiempo parcial únicamente devengaban derecho a pensión en la parte correspondiente al porcentaje de jornada reducida respecto a la jornada laboral normal; los períodos de traba-

JURISPRUDENCIA · TJUE ·

jo a tiempo parcial por razón de la edad contemplados en la disposición controvertida sólo devengaban derecho a pensión por nueve décimas partes de la jornada laboral normal.

Disposiciones nacionales en vigor desde del 1 de julio de 2000

17. La Gesetz über die Anpassung von Dienst- und Versorgungsbezügen in Bund und Ländern (Ley de adaptación de las retribuciones y pensiones en el Bund y en los Länder), de 19 de abril de 2001 (BGBl. I, p. 618), modificó la disposición controvertida, con efectos desde el 1 de julio de 2000.
 18. A tenor de la nueva versión de la disposición controvertida: «Podrá concederse un empleo a tiempo parcial, como trabajo a tiempo parcial por razón de la edad (Altersteilzeit), que represente la mitad de la jornada laboral realizada hasta entonces, sin sobrepasar la mitad de la jornada laboral media realizada durante los dos años inmediatamente anteriores al comienzo del trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, a los funcionarios que perciben una retribución que así lo soliciten, siempre que dicha solicitud abarque el período anterior al comienzo de su jubilación, cuando:
 1. hayan cumplido los 55 años,
 2. hayan trabajado, como mínimo, tres años a tiempo parcial durante los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del trabajo a tiempo parcial por razón de la edad,
 3. el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad comience antes del 1 de enero de 2010 y
 4. no se oponga a ello ninguna exigencia imperativa del servicio [...]»
 19. La nueva versión del artículo 2 del ATZV (BGBl. I, p. 2239) establece que el importe del suplemento retributivo concedido es igual a la diferencia entre la retribución neta que resulta de la duración del empleo a tiempo parcial y el 83 % de la retribución neta a la que el interesado tendría derecho por la jornada laboral que se ha tomado como base para determinar la jornada laboral reducida durante el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad.
 20. El artículo 6, apartado 1, tercera frase, de la nueva versión de la BeamtVG establece que los períodos del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad sólo devengan derecho a pensión por nueve décimas partes de la jornada laboral normal que se tomó como base para calcular la jornada laboral reducida durante el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad.
- Litigio principal y cuestión prejudicial**
21. La Sra. Steinicke, nacida en 1944, trabaja desde 1962 para el Bundesanstalt für Arbeit. Desde 1973, realiza las funciones de agente de colocación en calidad de funcionaria. Trabajó a tiempo completo hasta 1976.
 22. Tras el nacimiento de su hijo, su jornada laboral se redujo, conforme a su solicitud, a la mitad de la jornada laboral normal a partir del 19 de noviembre de 1976. Durante el período comprendido entre el 1 de febrero de 1985 y el 13 de abril de 1986, la jornada semanal normal se redujo a treinta horas. Desde el 14 de abril de 1986, la Sra. Steinicke trabaja en régimen de media jornada.
 23. La Sra. Steinicke únicamente pudo conseguir, a petición propia, que se le permitiera trabajar a tiempo completo durante algunos meses y debido a que el volumen de trabajo y las posibilidades presupuestarias lo permitían.
 24. Su solicitud de 1 de diciembre de 1998, encaminada a conseguir que se ampliara con carácter permanente su jornada laboral normal debido al aumento del volumen de trabajo, con vistas a solicitar posteriormente el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, fue denegada por motivos presupuestarios por el Arbeitsamt Reutlingen (Alemania), mediante escrito de 27 de julio de 1999. Según éste, tampoco era posible asignarle provisionalmente un empleo a tiempo completo por no existir el correspondiente puesto libre.
 25. El 30 de junio de 1999, la Sra. Steinicke solicitó al Bundesanstalt für Arbeit poder acogerse al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, de conformidad con la disposición controvertida, para el período comprendido entre el 1 de octubre de 1999 y el 30 de septiembre de 2007, según la fórmula de dos fases, es decir, una fase con una jornada laboral igual a la realizada normalmente hasta esa fecha, del 1 de octubre de 1999 al 30 de septiembre de 2003, seguida por una fase de tiempo libre, del 1 de octubre de 2003 al 30 de septiembre de 2007. Además, la Sra. Steinicke manifestó su intención de jubilarse el 1 de octubre de 2007.
 26. Dicha solicitud fue denegada mediante resolución del Arbeitsamt Reutlingen de 12 de julio de 1999, debido a que la Sra. Steinicke no cumplía el requisito establecido en la disposición controvertida, a saber, haber trabajado a tiempo completo tres años en total durante los cinco años inmediatamente anteriores al período del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad.
 27. El 28 de julio de 1999 la Sra. Steinicke interpuso una reclamación contra dicha resolución.
 28. El Landesarbeitsamt Baden-Württemberg desestimó su reclamación, mediante resolución de 10 de agosto de 1999.
 29. La Sra. Steinicke interpuso entonces un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente el 8 de septiembre de 1999.
 30. A raíz de la modificación, durante el procedimiento judicial, de la disposición controvertida y de las demás disposiciones pertinentes del Derecho alemán anteriormente mencionadas, el Arbeitsamt Reutlingen permitió a la Sra. Steinicke, mediante resolución de 24 de agosto de 2001, acogerse al trabajo a tiempo parcial por razón

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TJUE ·

- de la edad para el período comprendido entre el 1 de julio de 2000 y el 30 de septiembre de 2007, según la fórmula de dos fases.
31. La jornada laboral que le correspondía hasta entonces se redujo, pasando de la mitad a la cuarta parte de la jornada laboral normal para el período comprendido entre el 1 de julio de 2000 y el 30 de septiembre de 2007. La fase con una jornada laboral del 50 % de la jornada laboral normal anterior se aplica desde el 1 de julio de 2000 hasta el 14 de febrero de 2004 y la fase de tiempo libre desde el 15 de febrero de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2007.
32. Además de su sueldo, disminuido en proporción a la reducción de su jornada laboral, la Sra. Steinicke percibe un suplemento que no devenga derecho a pensión y que no puede superar el 83 % de la retribución neta a la que tendría derecho por la jornada laboral del 50 % que realizaba hasta entonces.
33. En estas circunstancias, las partes declararon resuelto el litigio en lo referente al período que comenzaba el 1 de julio de 2000 y se archivaron los autos al respecto.
34. Sin embargo, la Sra. Steinecke pide que se anule la resolución del Arbeitsamt Reutlingen de 12 de julio de 1999 y la resolución del Landesarbeitsamt Baden- Württemberg de 10 de agosto de 1999, dictada a raíz de su reclamación, y que, como complemento de la resolución del Arbeitsamt Reutlingen de 24 de agosto de 2001, se obligue al Bundesanstalt für Arbeit a concederle asimismo el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, según la fórmula de dos fases, para el período comprendido entre el 1 de octubre de 1999 y el 30 de junio de 2000.
35. El Bundesanstalt für Arbeit solicita la desestimación de esta pretensión debido a que la Sra. Steinicke no cumplía los requisitos de la disposición controvertida en relación con dicho período. En su opinión, dicha disposición tampoco es contraria al artículo 141 CE, porque la exclusión de los funcionarios que trabajan a tiempo parcial establecida en tal disposición está objetivamente justificada por la finalidad de dicho régimen.
36. Este régimen pretende implantar un elemento concreto de gestión del personal, que permita también a la función pública aportar su contribución a la política de empleo y, en particular, a la política de descongestión del mercado de trabajo. El objetivo del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad es fomentar la disposición de los trabajadores a tiempo completo a aceptar reducciones de jornada laboral. Por otra parte, el Bundesanstalt für Arbeit estima que la exclusión de los funcionarios que trabajan a tiempo parcial está asimismo justificada por consideraciones relativas a la neutralidad de costes y a las cargas en términos de planificación y distribución del trabajo.
37. En estas circunstancias, el Verwaltungsgericht Sigma- ringen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente: «¿El artículo 141 CE, las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE y/o la Directiva 97/81/CE se oponen a la disposición del artículo 72 *ter*, apartado 1, primera frase, punto 2, de la Bundesbeamtengesetz (Ley federal alemana de la función pública), en su versión de 31 de marzo de 1999, vigente hasta el 30 de junio de 2000, según la cual sólo puede concederse el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad al funcionario que haya trabajado a tiempo completo tres años en total, como mínimo, en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial, cuando existen muchas más mujeres que hombres que trabajan a tiempo parcial y que, por este motivo, con arreglo a dicha disposición, están excluidas del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad?»

Sobre la cuestión prejudicial*Observaciones presentadas al Tribunal de Justicia*

38. La Sra. Steinicke sostiene que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad es contraria al Derecho comunitario.
39. Estima que el argumento de que la apertura del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad a las personas que trabajan a tiempo parcial no permitiría obtener, desde el punto de vista de la política de empleo, un efecto comparable a la apertura únicamente a quienes trabajan a tiempo completo no permite justificar la disposición controvertida. En su opinión, habida cuenta de que son siempre las mujeres quienes han de esforzarse en conciliar vida familiar y vida profesional, la necesidad de puestos de trabajo a tiempo parcial también debe considerarse importante. Además, son los trabajadores a tiempo parcial quienes precisamente contribuyen a reducir costes y a flexibilizar el mercado de trabajo.
40. A su juicio, tampoco resulta convincente el argumento de que los gastos en términos de planificación y distribución del trabajo serían considerables. En opinión de la Sra. Steinicke, si un trabajador a tiempo parcial disfrutase del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, la búsqueda posterior de un nuevo trabajador a tiempo parcial supondría el mismo gasto. Por otra parte, el gasto se duplicaría si un trabajador a tiempo completo se acogiese al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, ya que tendría que ser sustituido por dos trabajadores a tiempo parcial. En cualquier caso, el hecho de que, tras la modificación de la disposición controvertida, los trabajadores a tiempo parcial puedan también disfrutar directamente de dicho régimen demuestra que se podía haber encontrado una solución a los problemas de planificación y distribución del trabajo.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TJUE ·

41. El Gobierno portugués sostiene que, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación indirecta entre hombres y mujeres, ni la cuestión de la neutralidad de los costes ni la relativa a la política de empleo constituyen razones objetivas suficientes para justificar el trato discriminatorio que parece existir en el presente caso. Invocando la sentencia de 17 de junio de 1998, Hill y Stapleton (C-243/95, Rec. p. I-3739), dicho Gobierno alega que la eliminación de las discriminaciones ha de prevalecer sobre las preocupaciones de índole económica, so pena de no alcanzar el objetivo de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres.
42. La Comisión alega en primer lugar que una norma como la disposición controvertida constituye una norma relativa a las «condiciones de trabajo» en el sentido del artículo 5 de la Directiva 76/207 y no se refiere a una «retribución» en el sentido de los artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117. El establecimiento del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad pretende crear nuevos empleos y, por lo tanto, flexibilizar el mercado de trabajo incitando a más funcionarios a solicitar el acceso a dicho régimen con el fin de permitir nuevas contrataciones en la función pública. Las ventajas financieras que el legislador otorga en este marco a los funcionarios que disfrutan de tal régimen son simplemente estímulos que permiten alcanzar los mencionados objetivos de política de empleo.
43. En segundo lugar, la Comisión alega que, conforme a las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, la disposición controvertida es menos favorable para las trabajadoras que para los trabajadores, al ser considerablemente más alto el porcentaje de mujeres que ocupan empleos a tiempo parcial que el de hombres. Por tanto, es mucho más probable que las funcionarias no puedan cumplir el requisito establecido por la disposición controvertida relativo a la exigencia de tres años de trabajo a tiempo completo en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial. Así pues, parece que, en principio, hay discriminación por razón de sexo.
44. Por último, por lo que respecta a la cuestión de si tal discriminación puede estar justificada, la Comisión recuerda que los Estados miembros pueden elegir las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos de política social y que consideraciones de índole presupuestaria pueden ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que desea adoptar. Sin embargo, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos (véase la sentencia de 24 de febrero de 1994, Roks y otros, C-343/92, Rec. p. I-571, apartado 35).
45. En el presente caso, la Comisión sostiene que las consideraciones relativas a la neutralidad de los costes y a las cargas en términos de planificación y distribución del trabajo, en las que se basa el Bundesanstalt für Arbeit, son motivos puramente económicos y por tanto no constituyen justificación suficiente para una desigualdad de trato por razón de sexo (véase asimismo, en este sentido, la sentencia Hill y Stapleton, antes citada, apartado 40).
46. Además, según la Comisión, los problemas de índole administrativa y presupuestaria invocados por el Bundesanstalt für Arbeit no son convincentes. Por un lado, con arreglo a la disposición controvertida, se puede considerar también el caso de los funcionarios que, habiendo trabajado a tiempo completo como mínimo durante tres años en los cinco años inmediatamente anteriores a su solicitud y que tuvieran por tanto derecho a disfrutar del trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, ocuparan un empleo a tiempo parcial justo antes de acceder a dicho régimen, de modo que, también en estos casos, las cargas derivadas de consideraciones de índole presupuestaria y de política de personal invocadas por el Bundesanstalt für Arbeit hubieran sido inevitables. Por otro lado, la modificación en el año 2000 de la disposición controvertida para permitir a los trabajadores a tiempo parcial acceder al régimen demuestra que las temidas consecuencias negativas no podían haber sido tan graves como afirma el Bundesanstalt für Arbeit.
47. En cuanto a la política de descongestión del mercado de trabajo invocada por el Bundesanstalt für Arbeit para justificar la disposición controvertida, la Comisión sostiene que un Estado miembro ha de justificar suficientemente que los medios elegidos eran adecuados para alcanzar el objetivo pretendido y que eran necesarios a estos efectos. A juicio de la Comisión, la disposición controvertida es contradictoria a este respecto, puesto que puede disuadir precisamente a los trabajadores que contribuyen a la descongestión del mercado de trabajo de aceptar un trabajo a tiempo parcial debido a que ya no podrían, llegado el caso, disfrutar del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad.
- Respuesta del Tribunal de Justicia*
48. Al objeto de dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, es preciso comprobar con carácter previo si el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad controvertido en el litigio principal está comprendido en la Directiva 76/207 o si, en cambio, está comprendido en el artículo 141 CE y en la Directiva 75/117.
49. A este respecto, procede señalar que la finalidad del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad es reducir el tiempo de trabajo normal, ya sea mediante una disminución uniforme de la jornada laboral en todo el período considerado (fórmula a tiempo

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TJUE ·

- parcial), ya sea mediante una salida anticipada de la vida profesional (fórmula de dos fases). En ambos casos, dicho régimen afecta al ejercicio de la actividad profesional de los trabajadores que se acogen a él mediante una reordenación de su tiempo de trabajo (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer, C-187/00, Rec. p. I-0000, apartado 44).
50. Por consiguiente, debe considerarse que el régimen controvertido en el litigio principal establece normas relativas a las condiciones de trabajo, en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.
51. El hecho de que el acceso a dicho régimen tenga consecuencias pecuniarias para el trabajador afectado no puede llevar a incluir tal régimen en el ámbito de aplicación del artículo 141 CE o de la Directiva 75/117, puesto que dichas disposiciones se basan en la estrecha relación existente entre la naturaleza de la prestación laboral y la cuantía de la retribución del trabajador (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de marzo de 2000, JämO, C-236/98, Rec. p. I-2189, apartado 59, y de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99, Rec. p. I-2891, apartado 28).
52. Habida cuenta de que el régimen controvertido en el litigio principal establece normas relativas a las condiciones de trabajo, en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, no procede, en el presente caso, examinar si la Directiva 97/81 se aplica en el litigio principal.
53. En estas circunstancias, se ha de entender que la cuestión prejudicial pretende que se determine si los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición como la controvertida, según la cual sólo puede concederse el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad al funcionario que haya trabajado a tiempo completo tres años en total, como mínimo, en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial, cuando existen muchas más mujeres que hombres que trabajan a tiempo parcial y que, por este motivo, con arreglo a dicha disposición, están excluidas del trabajo a tiempo parcial por razón de la edad.
54. De los autos se desprende que el acceso al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad previsto en la disposición controvertida sólo se concede a las personas que han trabajado a tiempo completo tres años en total, como mínimo, en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial.
55. La resolución de remisión precisa que consta que en Alemania trabajan a tiempo parcial más mujeres que hombres y que alrededor del 90 % de los trabajadores a tiempo parcial en la función pública alemana son mujeres.
56. De lo anterior se desprende que el grupo de personas que han trabajado principalmente a tiempo parcial durante el período indicado en la disposición controvertida y que, por ello, está excluido del régimen que ésta establece se compone mayoritariamente de mujeres.
57. En estas circunstancias, es preciso señalar que una disposición como la controvertida en el procedimiento principal conduce, de hecho, a establecer una discriminación de las trabajadoras respecto de los trabajadores, debiendo considerarse, en principio, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207. Sólo podría efectuarse una valoración distinta cuando la diferencia de trato entre ambas categorías de trabajadores se justificara por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn, 171/88, Rec. p. 2743, apartado 12; de 6 de febrero de 1996, Lewark, C-457/93, Rec. p. I-243, apartado 31; Hill y Stapleton, antes citada, apartado 34; de 6 de abril de 2000, Jørgensen, C-226/98, Rec. p. I-2447, apartado 29, y Kutz-Bauer, antes citada, apartado 50).
58. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si así sucede. A este respecto, debe comprobarse, a la vista de todos los elementos pertinentes y teniendo en cuenta la posibilidad de alcanzar por otros medios los objetivos perseguidos por las disposiciones examinadas, si éstos son ajenos a toda discriminación por razón de sexo y si dichas disposiciones, como medios destinados a lograr determinados objetivos, pueden contribuir a su consecución (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97, Rec. p. I-623, apartado 72, y Kutz-Bauer, antes citada, apartado 51).
59. No obstante, aun cuando, en el marco de una remisión prejudicial, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar la existencia de tales razones objetivas en el caso concreto del que conoce, el Tribunal de Justicia, llamado a facilitar respuestas útiles al juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones escritas y alegaciones que le hayan sido presentadas, que puedan permitir al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución (véanse las sentencias Hill y Stapleton, apartado 36, Seymour-Smith y Pérez, apartado 68, y Kutz-Bauer, apartado 52, antes citadas).
60. El Bundesanstalt für Arbeit ha alegado, como se desprende de la resolución de remisión, que consideraciones relativas a la política de empleo, a la neutralidad de costes y a las cargas derivadas de la planificación y distribución del trabajo en la función pública han de calificarse de argumentos objetivos que pueden justificar la desigualdad de trato a la que conduce la disposición controvertida.
61. Por lo que respecta a la alegación del Bundesanstalt für Arbeit basada en la política de empleo y, en particular,

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TJUE ·

en la promoción de la contratación, procede recordar que corresponde a los Estados miembros elegir las medidas necesarias para alcanzar los objetivos que persiguen en materia de empleo. El Tribunal de Justicia ha reconocido que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en el ejercicio de esta competencia (véase la sentencia Seymour-Smith y Pérez, antes citada, apartado 74).

62. Además, como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, no puede discutirse que la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de política social (véanse las sentencias Seymour-Smith y Pérez, apartado 71, y Kutz-Bauer, apartado 56, antes citadas).
63. No obstante, el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social no puede abocar a que se vacíe de contenido un principio fundamental del Derecho comunitario, como es el de igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras (véanse las sentencias Seymour-Smith y Pérez, apartado 75, y Kutz-Bauer, apartado 75, antes citadas).
64. Pues bien, meras generalizaciones relativas a la idoneidad del régimen controvertido en el procedimiento principal para promover la contratación no bastan para demostrar que el objetivo de la disposición controvertida es ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo ni para aportar elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos son o podrían ser adecuados para la consecución de dicho objetivo (sentencia Kutz-Bauer, antes citada, apartado 58).
65. Además, como han observado la Comisión y el órgano jurisdiccional remitente, la disposición controvertida excluye del acceso al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad al grupo de personas, a saber, los funcionarios que trabajan a tiempo parcial, que contribuyen de manera significativa al objetivo de descongestión del mercado de trabajo. En consecuencia, una disposición nacional que puede disuadir a los trabajadores de aceptar un trabajo a tiempo parcial debido a que, posteriormente, ya no podrán, llegado el caso, acceder al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad no puede considerarse *a priori* un medio apto o adecuado que permita alcanzar el objetivo de descongestión del mercado de trabajo.
66. En cuanto a los argumentos del Bundesanstalt für Arbeit referidos a la neutralidad de costes y a las cargas relativas a la planificación y distribución del trabajo en la función pública alemana, es necesario recordar que, aunque consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que éste desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos (sentencias Roks y otros, apartado 35, y Kutz-Bauer, apartado 59, antes citadas).
67. Por otra parte, admitir que consideraciones de índole presupuestaria puedan justificar una diferencia de trato entre hombres y mujeres que, de no existir aquéllas, constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo implicaría que la aplicación y el alcance de una norma tan fundamental del Derecho comunitario como la de igualdad entre hombres y mujeres podrían variar, en el tiempo y en el espacio, según la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros (sentencias Roks y otros, apartado 36, y Kutz-Bauer, apartado 60, antes citadas).
68. Es preciso recordar asimismo que el Bundesanstalt für Arbeit, tanto en su condición de autoridad pública como en la de empleador, tampoco puede justificar una discriminación que resulta de un régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad por el único motivo de que la eliminación de tal discriminación implicaría un aumento de sus costes (véase la sentencia Kutz-Bauer, antes citada, apartado 61).
69. En cualquier caso, como han observado la Sra. Steinicke y la Comisión, el hecho de que tras la modificación en el año 2000 de la disposición controvertida los trabajadores a tiempo parcial puedan también acceder al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad parece demostrar que las consecuencias financieras negativas alegadas por el Bundesanstalt für Arbeit en relación con la admisión de tales trabajadores al régimen no son tan graves como afirma.
70. Por consiguiente, corresponde al Bundesanstalt für Arbeit demostrar ante el órgano jurisdiccional nacional que la diferencia de trato derivada del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad está justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. Si se aporta dicha prueba, no podrá considerarse que el mero hecho de que las disposiciones de este régimen sólo permitan el acceso a los trabajadores que hayan trabajado a tiempo completo tres años como mínimo en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial constituya una infracción de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.
71. De la resolución de remisión se desprende asimismo que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta además si, en caso de que considere que los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 se oponen a la disposición controvertida, al no estar ésta justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo, la Sra. Steinicke tendría derecho, en relación con el período controvertido, a las ventajas establecidas por la normativa vigente hasta el 30 de junio de 2000, o a las establecidas por la normativa en vigor desde el 1 de julio de 2000.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TJUE ·

72. A este respecto, es preciso recordar que, en el supuesto de que se infrinja la Directiva 76/207 a través de disposiciones legales que introduzcan una discriminación contraria a ésta, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a impedir dicha discriminación por todos los medios posibles y, en particular, aplicando las mencionadas disposiciones en favor de la categoría perjudicada, sin tener que solicitar o esperar la supresión previa de tales disposiciones por el legislador, mediante la negociación colectiva o por cualquier otro procedimiento (véase la sentencia Kutz-Bauer, antes citada, apartado 75).
73. Sin embargo, no corresponde al Tribunal de Justicia, sino al órgano jurisdiccional nacional, apreciar, a la luz de los elementos de hecho de que dispone, qué disposiciones nacionales son aplicables en el caso concreto para garantizar el cumplimiento del principio de no discriminación que figura en la Directiva 76/207.
74. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial que los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición como la controvertida, según la cual sólo puede concederse el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad al funcionario que haya trabajado a tiempo completo tres años en total, como mínimo, en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial, cuando existen muchas más mujeres que hombres que trabajan a tiempo parcial y que, por este motivo, con arreglo a dicha disposición, están excluidas del trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, a menos que tal disposición esté justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo.

Costas

75. Los gastos efectuados por el Gobierno portugués y 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 la cuestión planteada por el Verwaltungsgericht Sigmaringen mediante resolución de 28 de febrero de 2002, declara:

Los artículos 2, apartado 1, y 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, han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición como el artículo 72 ter, apartado 1, primera frase, punto 2, de la Bundesbeamtenengesetz (Ley federal alemana de la función

pública), en su versión de 31 de marzo de 1999, vigente hasta el 30 de junio de 2000, según la cual sólo puede concederse el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad al funcionario que haya trabajado a tiempo completo tres años en total, como mínimo, en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial, cuando existen muchas más mujeres que hombres que trabajan a tiempo parcial y que, por este motivo, con arreglo a dicha disposición, están excluidas del trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, a menos que tal disposición esté justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 11 de septiembre de 2003.

El Secretario, R. Grass

El Presidente de la Sala Sexta, J.-P. Puissochet

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003.

En esta sentencia que comentamos el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial de Alemania a propósito de la interpretación de la normativa comunitaria relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y la compatibilidad con la misma de la legislación nacional que regula el régimen del trabajo a tiempo parcial de los funcionarios alemanes.

Su interés radica precisamente en la aplicación que el Tribunal de Justicia hace del concepto de *discriminación indirecta* al supuesto enjuiciado, proporcionándonos los elementos que, de acuerdo con la propia normativa comunitaria y la jurisprudencia que se ha ocupado de esta figura, permiten aquilatar este tipo de discriminación.

Los hechos son básicamente los siguientes: La Sra. Steinicke es funcionaria en Alemania desde 1962, y desde 1976 trabaja a tiempo parcial. El 30 de junio de 1999 solicita acogerse al régimen de trabajo parcial por razón de la edad, para el período comprendido el 1 de octubre de 1999 y el 30 de septiembre de 2007. Además manifiesta su intención de jubilarse el 1 de octubre de 2007.

El régimen de trabajo solicitado por la Sra. Steinicke constituye una modalidad especial de trabajo a tiempo parcial regulado en el art. 72 ter, apartado primero, primera frase, de la Ley federal alemana de la función pública en los siguientes términos:

«Podrá concederse un empleo a tiempo parcial que represente la mitad de la jornada laboral normal a los funcionarios que perciben una retribución que así lo soliciten, siempre que dicha solicitud abarque el período anterior al comienzo de la jubilación, cuando el funcionario:

1. haya cumplido los 55 años,
2. haya trabajado, como mínimo, tres años en total a tiempo

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TJUE ·

completo en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial,

3. el empleo a tiempo parcial comience antes del 1 de agosto de 2004 y
4. no se oponga a ello ninguna exigencia imperativa del servicio [...]»

Es precisamente la falta de cumplimiento por la solicitante del requisito contenido en el punto 2 de esta disposición la que determina que dicha solicitud resulte denegada. Ante esta negativa, la Sra. Steinicke reclama judicialmente y en el curso de dicho procedimiento, la disposición que regula este tipo de trabajo resulta modificada⁵¹. A raíz de esta modificación, se le reconoce a la solicitante el derecho a acogerse al trabajo a tiempo parcial por razón de la edad para el período comprendido entre el 1 de julio de 2001 –fecha de entrada en vigor de la modificación legislativa– y el 30 de septiembre de 2007.

No obstante, la Sra. Steinicke solicita que se le reconozca asimismo el derecho a acogerse a esta modalidad de trabajo a tiempo parcial por el período comprendido entre el 1 de octubre de 1999 y el 30 de junio de 2000. El órgano juzgador decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con la normativa comunitaria del art. 72 *ter*, apartado 1, primera frase, punto 2 de la Ley federal alemana de la función pública en la redacción vigente hasta el 30 de junio de 200.

Lo primero que hace el Tribunal de Justicia es aclarar que el supuesto que se analiza, es decir, el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, cuyo artículo 2, apartado 1 dispone que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, tanto directa como indirecta.

Se trata, por tanto, de analizar si la disposición alemana controvertida supone una discriminación por razón de sexo; una discriminación que, en el caso de apreciarse, entraría dentro del concepto de la denominada *discriminación indirecta*, puesto que nos encontramos ante una medida o disposición formalmente neutra pero que de hecho perjudica a un número superior de mujeres que de hombres.

La definición normativa de este tipo de discriminación la encontramos en las Directivas 97/80/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo⁵² y, más recientemente, en la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo⁵³. De acuerdo con esta última norma, se entenderá por “discriminación indirecta”: la situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

En el caso enjuiciado, la discriminación provendría del requisito relativo a la necesidad de haber trabajado al menos tres años a tiempo completo en el período de los cinco años anteriores a la fecha de inicio de la modalidad de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad. En la medida en que la inmensa mayoría de los empleos a tiempo parcial en la función pública son ocupados por mujeres, este requisito perjudica de hecho a éstas, al excluirlas de la posibilidad de solicitar este tipo de trabajo. En este sentido, la prueba de que la disposición resulta discriminatoria para las mujeres nos la ofrece los datos estadísticos aportados por el Juez alemán, de acuerdo con los cuales consta que en Alemania alrededor del 90% de los trabajadores a tiempo parcial en la función pública son mujeres.

Una vez constatada que la disposición legislativa resulta contraria al principio fundamental del Derecho comunitario de igualdad de trato entre las trabajadoras y los trabajadores recae sobre el Estado nacional la carga aportar los elementos probatorios que permitan excluir la discriminación; a saber, que dicha diferencia de trato tiene una justificación objetiva y ajena a toda discriminación por razón de sexo y resulta, además, adecuada para la consecución de los objetivos pretendidos con tal disposición.

Y aunque corresponde al órgano jurisdiccional alemán comprobar la existencia de tales razones objetivas, lo cierto es que el Tribunal de Justicia rechaza abiertamente la justi-

51. De acuerdo con la nueva redacción, los trabajadores a tiempo parcial también podrán solicitar que se les conceda el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad que ahora consistirá en la mitad de la jornada laboral realizada hasta entonces, siempre que, entre otros requisitos, hayan trabajado al menos tres años a tiempo parcial en los cinco inmediatamente anteriores al comienzo de la modalidad de trabajo solicitada.

52. El artículo 2.2 de esta Directiva establece que “A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente de mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.”

53. Véase el comentario a esta Directiva realizado por José Antonio MONTILLA MARTOS en Artículo 14. Una perspectiva de género, núm. 11, diciembre 2002, páginas 12-15.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TC ·

ficación ofrecida por el Estado alemán. A juicio del Tribunal de Justicia no basta con alegar, de modo general, que con esta disposición se pretende fomentar la contratación, ya que para completar la jornada laboral que antes se desempeñaba a tiempo completo y ahora parcial se necesitaría otro trabajador. Pero es que, además, la propia disposición dificulta conseguir aquello que pretende, ya que al excluir de su ámbito de aplicación a los trabajadores a tiempo par-

cial, puede tener un efecto disuasorio sobre los propios trabajadores a la hora de aceptar un trabajo a tiempo parcial que después no les va a permitir acogerse a esta modalidad de trabajo. Tampoco el coste económico de una medida o de su corrección puede justificar ninguna discriminación por razón de sexo. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ. PROFESORA TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 144/2003, DE 14 DE JULIO DE 2003. CONCESIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA DE HIJA MENOR A LA MADRE, EN VIRTUD DEL DEROGADO ART. 159 DEL CÓDIGO CIVIL⁵⁴.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY
la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5559-2000, promovido por don Iván H. S., representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Cristina Huertas Vega y asistido por la Letrada doña María Amparo Pérez Esparza, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén de 29 de septiembre de 2000, recaída en el recurso de apelación (rollo núm. 391-2000) interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de La Carolina (Jaén) el 26 de mayo de 2000, en autos de juicio de separación matrimonial núm. 12-2000. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y comparecido doña María Ángeles F. M., representada por el Procurador de los Tribunales don Carlos Piñeira de Campos y asistida por el Letrado don José Antonio Bellés Castells. Ha sido Ponente la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

(...)

II. Fundamentos jurídicos

1. El recurrente solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CE), frente a la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén de 29 de septiembre de 2000, recaída en el recurso de apelación (rollo núm. 391-2000) interpuesto

contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de La Carolina (Jaén) el 26 de mayo de 2000, en autos de juicio de separación matrimonial núm. 12-2000.

Como queda expuesto en los antecedentes de la presente resolución, el recurrente alega, en síntesis, que la Sentencia impugnada ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva al otorgar la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio a la madre mediante la aplicación al caso de una norma derogada, el art. 159 del Código civil (en adelante CC) en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, precisamente para eliminar la discriminación por razón de sexo que dicho precepto, en esa redacción anterior a la citada reforma legal, establecía, al determinar que en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos e hijas menores de siete años quedasen al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo. En consecuencia, la aplicación del precepto derogado ha provocado asimismo una discriminación por razón de sexo en perjuicio del demandante.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo por considerar que, en efecto, la Sentencia impugnada incurre en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que denuncia el demandante de amparo, al fundarse su *ratio decidendi* en la aplicación de una norma derogada que es decisiva para el fallo, sin que resulte necesario pronunciarse sobre la también invocada lesión del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, por ser la consecuencia de la aplicación de la norma en cuestión.

2. Constituye reiterada doctrina constitucional que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en

⁵⁴ El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA • TC •

términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4; 233/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 245/1993, de 19 de julio, FJ 5; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). Tal acontece cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que “convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE” (STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3). Y es que, como recuerda la STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, “el derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia”.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado conduce a la conclusión de que la Sentencia que se impugna ha vulnerado en efecto el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del demandante de amparo, por cuanto la Audiencia Provincial de Jaén hace descansar la *ratio decidendi* de su decisión de otorgar la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio a la madre en la aplicación al caso de una norma derogada, el art. 159 CC en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

En efecto, antes de la reforma introducida por la Ley 11/1990, el art. 159 CC establecía que en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos e hijas menores de siete años quedasen al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo. Sin embargo, a partir de la modificación operada por la Ley 11/1990 (en vigor muchos años antes de iniciarse el proceso en que se ha dictado la Sentencia impugnada en amparo) el art. 159 CC prescribe que el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos a cuál de los dos progenitores habrá de confiar el cuidado de los menores, por lo que desaparece cualquier preferencia que, por razón de la edad de los hijos, pudiera corresponder a la madre en ese cuidado conforme a la redacción anterior del precepto en cuestión. Es pertinente recordar que, precisamente como consecuencia de dicha reforma legal, nuestro ATC 438/1990, de 18 de diciembre, declaró extinguida por desaparición sobrevenida de su objeto la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 159 CC en su redacción anterior por posible discriminación contraria al art. 14 CE. En el ATC 438/1990, FJ 1, se razonó que “con la modificación operada por la Ley 11/1990, el legislador ha eliminado de la redac-

ción del citado precepto aquello que el Juzgado consideró posiblemente inconstitucional, la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de ‘eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad’, consagrado en el art. 14 de la norma fundamental”; razonamiento en el que se insiste en el ATC 203/1991, de 1 de julio, FJ 3, al reiterar que el sentido introducido por la reforma operada por la Ley 11/1990 fue el de “eliminar todo atisbo de discriminación —que se podría materializar al atribuir a la madre la custodia hasta determinada edad— dejando al Juez que actúe en orden a decidir el cuidado y la guarda de los hijos con libertad de criterio y plena independencia, pero con sujeción al principio rector que es el derecho preferente del niño”.

Pues bien, como queda expuesto, la Sentencia impugnada aplica al caso del demandante de amparo el precepto derogado, citado literalmente en el fundamento de Derecho primero, y con este fundamento resuelve atribuir la guarda y custodia de la menor a la madre y no al padre, revocando en este sentido la Sentencia de instancia. Como señala el Ministerio Fiscal, la *ratio decidendi* de la atribución del cuidado de la niña a su madre estriba en la aplicación del art. 159 CC conforme a la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 11/1990, ya que, aunque es cierto que en el fundamento de Derecho primero de la Sentencia se menciona que el principio del *favor filii* que inspira la regulación de las relaciones paterno-filiales contenida en los arts. 154.2 y 156 CC es el criterio que debe inspirar igualmente las decisiones judiciales en la materia y, conforme al mismo, nada impide que el cuidado de los hijos, cualquiera que sea la edad que tengan, pueda atribuirse a la madre, no lo es menos que en el mismo fundamento jurídico citado, además de mencionar y transcribir el art. 159 CC en su anterior redacción, se afirma que para poder privar a la madre del cuidado de la hija menor de edad es necesario acreditar la concurrencia de “algún motivo de suficiente entidad”, que para la Audiencia no ha quedado acreditado. De esta manera, aun cuando también se afirme en el mismo fundamento jurídico que el padre, por razón de su trabajo, no puede ocuparse personalmente de atender a su hija durante muchas horas del día, no es tal el motivo de la decisión adoptada, como lo revela el hecho de que se reconozca a ambos progenitores la capacidad adecuada para cuidar de su hija y, sobre todo, que se considere que “la figura de la madre, desde un punto de vista psicológico es de gran importancia, sobre todo a una edad tan temprana”, y que los cuidados que la madre puede dispensar a una niña de tan corta edad “nunca pueden ser sustituidos por otras personas, tales como niñeras, por muy eficientes y cumplidoras que sean”.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TC ·

Dicho de otro modo, nada impide que, valorando las circunstancias concurrentes en el caso y siempre atendiendo al interés prevalente de la menor, el órgano judicial pueda decidir a cuál de los progenitores ha de atribuirse el cuidado de aquélla, decisión que podrá, en su caso, recaer a favor de la madre, siempre que la *ratio decidendi* de la resolución judicial se fundamente en una apreciación del acervo fáctico que permita concluir razonablemente que esa decisión es la más beneficiosa para la menor y no en una pretendida preferencia legal en razón de la edad de la menor que el propio legislador abolió mucho antes de iniciarse el proceso en que ha sido dictada la Sentencia impugnada.

3. En definitiva, la aplicación de una norma derogada a la fecha en que se sustanció el proceso ha sido determinante para la decisión adoptada en la Sentencia impugnada de atribuir la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio a la madre, lo que evidencia la falta de razonabilidad de su fundamentación, al prescindir del Derecho vigente, conforme al cual, por exigencias de los arts. 9.3 y 117.1 CE, debía haber decidido la cuestión. La Sentencia no puede ser considerada, por tanto, “expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma” (STC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4), pues la resolución de la pretensión deducida mediante una selección arbitraria y manifiestamente irrazonable del Derecho aplicable como lo es la aplicación de una norma derogada no satisface el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Por otra parte, la aplicación del precepto derogado vulnera asimismo el art. 14 CE, al restablecer de este modo el órgano judicial una discriminación por razón de sexo que el propio legislador había eliminado mediante la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que modificó por tal motivo la redacción del art. 159 CC en la versión que ha sido aplicada por la Sentencia impugnada, sin necesidad de mayor argumentación al respecto dado lo expuesto en el fundamento jurídico anterior.

Por consiguiente, la demanda de amparo ha de ser estimada y, para restablecer en la plenitud de su derecho al demandante, debemos anular la Sentencia recurrida y disponer la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la vista, a fin de que por la propia Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén se pronuncie, con plenitud jurisdiccional y teniendo siempre en cuenta el interés prevalente de la menor, nueva sentencia en el recurso de apelación mediante la que se elimine el resultado disconforme con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a no sufrir discriminación por razón de sexo.

FALLO

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

Otorgar el amparo solicitado por don Iván H. S. y, en su virtud:

1º Reconocer los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2º Anular la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén de 29 de septiembre de 2000, dictada en el rollo de apelación núm. 391-2000.

3º Retrotraer las actuaciones procesales al momento inmediatamente anterior a la vista para que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén dicte nueva Sentencia, resolviendo el recurso de apelación sin lesionar los derechos fundamentales reconocidos.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”, sustituyendo los apellidos de las partes por sus iniciales.

Dada en Madrid, a catorce de julio de dos mil tres.

COMENTARIO A LA STC 144/2003,
DE 14 DE JULIO.

La Sentencia del Tribunal Constitucional que ahora comentamos resuelve un recurso de amparo presentado frente a la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén de 29 de septiembre de 2000, dictada a su vez en apelación frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de La Carolina de 26 de mayo de 2000. Si en ésta última se acordaba, en un supuesto de separación matrimonial, que la guarda y custodia de la hija menor debía ser otorgada al marido, compartiendo ambos progenitores la patria potestad, la sentencia finalmente recurrida en amparo revocaba parcialmente la de instancia, y concedía la guarda y custodia de la hija menor a la madre en virtud de un precepto, el antiguo artículo 159 del Código Civil, derogado desde la reforma que de este texto legal se hiciera por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado.

El artículo 159 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 1990 establecía que, en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los descendientes menores de siete años quedasen al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo. A raíz de la modificación de 1990 a la que hacemos referencia, expresamente dirigida a hacer realidad en aquel cuerpo normativo el principio de no discriminación por razón de sexo, el tenor literal del precepto pasa a ser el siguiente: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”. En definitiva, se sustituye el criterio original que

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA • TC •

debía regir la decisión judicial acerca de qué progenitor se quedaba con la guarda y custodia del menor o la menor a falta de acuerdo entre los padres, que, basándose exclusivamente en razones de sexo, optaba por la madre, y, apreciando el propio legislador la inconstitucionalidad del mismo, se sustituye por otro que gira exclusivamente en torno al bien del menor, para cuya aplicación se prevé también ese trámite de audiencia al que hemos hecho referencia.

Dos son los derechos fundamentales implicados en esta sentencia, de los mencionados en el art. 53.2 de la Constitución como susceptibles de ser protegidos mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Nos estamos refiriendo, por un lado, al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y, por otro, al derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, incluido, como es de todos conocido, en el art. 14 CE. El Tribunal Constitucional se encuentra, pues, en este caso, ante una posible vulneración de un derecho fundamental de tipo procedimental (el del art. 24 CE), junto con la de otro de carácter sustantivo (el derecho del art. 14 CE).

Según el art. 24.1 CE, "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Este artículo garantiza el derecho de las partes de un proceso a obtener una resolución judicial fundada en Derecho. Aunque esta resolución no debe ser necesariamente sobre el fondo, sí que, en todo caso, debe cumplir con el requisitos de estar fundada en Derecho. No está fundada en Derecho, y, por tanto, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, aquella resolución judicial que aplican normas que ya no están vigentes en nuestro ordenamiento. El Derecho sobre el que los órganos judiciales han de basar la argumentación jurídica de sus sentencias no puede ser -claro está-, sino Derecho vigente.

En este sentido, la STC 203/1994, de 11 de julio, señala que "Constituye reiterada doctrina constitucional que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE (SSTC 90/1990, 88/1991 y 359/1993, entre otras muchas). El control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (SSTC 233/1991, 55/1993 y 245/1993, entre otras)". De este modo, la aplicación por error del órgano judicial de una norma derogada "convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz, de satisfacer el derecho a la tutela judicial consagrado en el art. 24.1 CE. No se trata de revisar la selección de la norma, cuestión que no compete a este Tribunal,

sino que el reproche constitucional se centra exclusivamente en la motivación de dicha selección, que al ser producto de un error manifiesto, reflejándolo, carece de la lógica y coherencia que debe revestir toda motivación para poder cumplir los fines que justifican su exigencia, deviniendo, de este modo, arbitraria." (fundamento jurídico 3). En el mismo sentido, la sentencia que analizamos recoge un fragmento decisivo de la STC 99/2000, de 10 de abril, en el que el TC afirma que "El derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia." (Fundamento jurídico 6).

Otra solución afectaría además irremisiblemente al principio de seguridad jurídica, que, aunque no se presenta en nuestro caso como un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, sí es un principio constitucional, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, y, como tal principio, debe informar todo el ordenamiento y servir para la interpretación del resto de sus normas, incluso las constitucionales. Este principio pretende, con carácter general, que el ordenamiento jurídico se estructure de manera que todos podamos saber a qué atenernos, y tengamos la posibilidad de conocer cuáles son las normas que rigen nuestra vida en sociedad y, por tanto, nuestros derechos y obligaciones. Difícilmente se podría entender respetada la garantía de seguridad jurídica si los órganos judiciales tuvieran abierta la posibilidad de resolver los supuestos que ante ellos se plantean con la aplicación de normas ya derogadas.

La vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva resulta independiente de la del derecho a no ser discriminado por razón de sexo. En efecto, lo que provoca la lesión del derecho fundamental del artículo 24 CE no es el que el órgano judicial aplicara una norma inconstitucional por discriminatoria, sino que recurriese para fundamentar su resolución a una norma ya derogada, con independencia del contenido de ésta.

En cuanto a la vulneración en el caso que estudiamos del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, aunque el motivo que llevó al legislador a dar una nueva redacción al art. 159 del Código Civil en el año 1990 fue el deseo de retirar del ordenamiento determinados preceptos que consideraba contradictorios con el art. 14 CE, sobre el artículo en cuestión no ha recaído nunca una sentencia de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, único órgano con potestad para controlar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley posteriores a la Constitución. Pese a que en su momento se planteó sobre el precepto discutido una cuestión de inconstitucionalidad, el TC la declaró extinguida en el ATC 438/1990, de 18 de diciembre como consecuencia de su derogación.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TC ·

Lo que entonces no hizo el Alto Tribunal -afirmar expresamente la contradicción del antiguo art. 159 CC con el art. 14 CE-, lo hace, sin embargo, en esta sentencia de amparo, en la que el TC dice que "la aplicación del precepto derogado vulnera asimismo el art. 14 CE, al restablecer de este modo el órgano judicial una discriminación por razón de sexo que el propio legislador había eliminado" (fundamento jurídico 3).

Sólo cabe desear que el argumento presente en la sentencia se extienda a todos los supuestos normativos en los que se establece un trato discriminatorio basado exclusivamente en el sexo, alguno ya abordado en esta misma revista, como es el caso del criterio para determinar el orden de los apellidos. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ. PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 95/2003, DE 22 DE MAYO DE 2003. SIGNIFICACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA PARA LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA⁵⁵.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY
la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso "que residan legalmente en España" del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Ha sido parte el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado, y Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.
(...)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. En el presente proceso de inconstitucionalidad el Defensor del Pueblo impugna el inciso "que residan legalmente en España" del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG), en la medida en que excluye de tal derecho a los extranjeros que se encuentren en España de forma ilegal, vulnerándose así el art. 24 CE al no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El precepto impugnado dispone:
"Artículo 2. Ámbito personal de aplicación
En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en

los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar."

En la demanda se duele el Defensor del Pueblo de que, como consecuencia de que el derecho a la asistencia jurídica sólo se reconozca con plenitud a los extranjeros legalmente residentes, los que se encuentran ilegalmente en España sólo gozan de asistencia letrada y asistencia y representación gratuitas en los procesos penales [apartado e) del propio art. 2] y contencioso-administrativos referentes al derecho de asilo [apartado f) del mismo artículo]. De este modo quedarían fuera de la cobertura del derecho de asistencia jurídica gratuita todas aquellas cuestiones que afectan al *status* personal de los extranjeros que no residan legalmente y que no guarden relación con la jurisdicción penal ni con el derecho de asilo.

En concreto la legislación de extranjería contempla la sanción de expulsión, para cuya impugnación es competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, como para acudir a tal jurisdicción es preceptiva la asistencia jurídica de Letrado y eventualmente de Procurador, en el caso de que el extranjero que se encuentra ilegalmente en España no disponga de recursos económicos para procurarse la asistencia de los referidos profesionales, como no se le reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita por los preceptos ahora recurridos de inconstitucionalidad la consecuencia es que, de hecho, se le impide ejercitar su derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y obtener así una resolución judicial sobre la adecuación a Derecho de unas actuaciones administrativas que tan de lleno le afectan.

2. Conviene advertir desde el principio que, aun cuando el Abogado del Estado alude (para luego tratar de desvir-

⁵⁵. El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA • TC •

tuarlas) a eventuales argumentaciones que pudieran haberse utilizado en la impugnación del precepto tachado de inconstitucional por el Defensor del Pueblo, es lo cierto que la postulada inconstitucionalidad de dicho precepto se basa exclusivamente por el recurrente en que, en virtud del mismo, los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España y carezcan de recursos económicos no podrán interponer el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones administrativas referentes a su *status* de extranjero (singularmente las resoluciones que acuerden su expulsión), toda vez que para ello es preciso servirse de Abogado (y, eventualmente, de Procurador, dejando al margen la cuestión de la competencia objetiva de los Juzgados y de las Salas de lo Contencioso-Administrativo en la materia), vulnerándose así el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Pues bien, el concreto alcance de la impugnación a que nos acabamos de referir exige poner de manifiesto que la nueva regulación que la materia ha recibido en el art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada parcialmente por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre cuyo alcance y significación no nos corresponde pronunciarnos en el marco de este proceso constitucional, no permite entender que éste haya perdido su objeto, pues se mantiene viva la necesidad de dar respuesta al problema constitucional planteado de si la relación existente entre el derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) lleva consigo la exigencia *ex Constitutione* de otorgar o reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que, cumpliendo el resto de los requisitos impuestos legalmente a la generalidad, no reúnan la condición de residentes legalmente en España, o si, por el contrario, la atribución de tal derecho a los referidos sujetos puede ser acordada o denegada libremente por el legislador ordinario sin ligazón constitucional directa.

3. Centrada así la cuestión en si resulta o no contraria al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE la exclusión del derecho a la asistencia letrada de oficio (a la que se refiere el Defensor del Pueblo, pero que constituye una prestación incluida el más amplio concepto legal de asistencia jurídica gratuita) de los extranjeros que no se hallen residiendo legalmente en España, comenzaremos por recordar nuestra jurisprudencia sobre la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta precisión resulta necesaria en la medida en que el Defensor del Pueblo sitúa el reproche de inconstitucionalidad en el derecho a la tutela judicial efectiva, sin alusión expresa al art. 119 CE que consagra el derecho a la gratuidad de la justicia en los casos en los que así lo dispone la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten

insuficiencia de recursos para litigar. Ahora bien, la argumentación del recurrente se desenvuelve en torno a la repercusión que la falta de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los citados extranjeros tiene sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de éstos, por lo que, sin citar el art. 119 CE, es llano que se está introduciendo también el contenido normativo de este precepto constitucional como elemento de contraste con la norma legal impugnada de inconstitucionalidad.

La relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ha sido puesta de manifiesto por este Tribunal en no pocas ocasiones. Así, en la reciente STC 183/2001, de 17 de septiembre, recordando la doctrina sentada en la STC 117/1998, de 2 de junio, afirmábamos que: “el art. 119 CE, al establecer que ‘la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar’, consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues ‘su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna «persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar’ (STC 138/1988)” (STC 16/1994, FJ 3). Ahora bien, del propio tenor del inciso primero del art. 119 CE, según el cual la justicia será gratuita ‘cuando así lo disponga la ley’, se desprende que no nos hallamos ante un derecho absoluto e ilimitado. Por el contrario se trata de ‘un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias’ (STC 16/1994, FJ 3). En consecuencia, ‘el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado —penal, laboral, civil, etc.—, o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento’ (STC 16/1994, FJ 3). La amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá ‘en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar’. Existe, por consiguiente (como también señalamos en la STC 16/1994, FJ 3), un ‘contenido constitucional indisponible’ para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar” (STC 117/1998, FJ 3).

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA • TC •

4. A la vista de lo anteriormente expuesto hemos de preguntarnos ahora si el legislador ha respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el art. 119 CE, al configurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de modo tal que los extranjeros que no reúnan la condición de residentes legalmente en España, pese a acreditar insuficiencia de recursos para litigar, resultan excluidos del derecho a la gratuidad de la justicia. De no haberlo respetado, la norma impugnada, no sólo vulneraría el art. 119 de la Constitución, sino que supondría también una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24.1 CE.

Las claves para resolver esta cuestión fueron ya apuntadas en la STC 16/1994, de 20 de enero, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 14 y 15 LEC, en la redacción dada por la Ley 34/1984 (preceptos que hoy se encuentran derogados). Los criterios en aquella ocasión apuntados determinaron después, ya de forma explícita en la STC 117/1998, de 2 de junio, un pronunciamiento de este Tribunal que circunscribe a las personas físicas el contenido indisponible del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de suerte que resulta compatible con la tutela judicial efectiva la decisión del legislador de reconocer el indicado derecho tan sólo a ciertas personas jurídicas. En la primera de las resoluciones aludidas el Pleno de este Tribunal consideró que el contenido indisponible que encierra el art. 119 CE: “sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar” (STC 16/1994, FJ 3).

De lo anteriormente expuesto se deduce que toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. Como hemos dicho en otras ocasiones, corresponde al legislador, dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa, la concreción de este concepto normativo. “Puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a

establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.)” (STC 16/1994, de 20 de marzo). Ahora bien, una vez que el concepto “insuficiencia de recursos para litigar” empleado por el art. 119 CE resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia (insistimos: del modo y manera en que lo configura el legislador) si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos.

Dicho de otro modo, la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del art. 119 CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad.

5. Con respecto al derecho fundamental cuya vulneración se denuncia en el presente recurso de amparo ha de observarse que este Tribunal, ya desde la STC 99/1985, de 30 de septiembre, de la que se hizo eco la STC 115/1987, de 7 de julio, ha reconocido a los extranjeros, con independencia de su situación jurídica, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto, en la primera de las Sentencias citadas decíamos que la extranjería era irrelevante en relación con el derecho constitucional entonces controvertido, que era el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Así señalábamos (fundamento jurídico 2 de esta resolución) que, con determinadas salvedades expresamente previstas en el texto constitucional, los extranjeros disfrutaban de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, si bien atemperando su contenido a lo establecido en los Tratados internacionales y en la Ley interna española. “Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues ‘existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos’ (STC 107/1984, de 23 de noviembre, Sala Segunda, FJ 4, ‘Boletín Oficial del Estado’ de 21 de diciembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales ‘que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano’ o, dicho de otro modo, con ‘aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español’ (ibídem, FJ 3). Pues bien, uno de estos derechos es el que ‘todas las personas tienen ... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales’, según dice el art. 24.1 de nuestra Constitución; ello es así, no sólo por la dicción lite-

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TC ·

ral del citado artículo ('todas las personas...'), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 CE, de conformidad con el art. 10 de la Declaración universal de derechos humanos, con el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a 'toda persona' o a 'todas las personas', sin atención a su nacionalidad." (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2).

6. Pues bien, a tenor de la norma impugnada, a los extranjeros que, sin tener la condición de residentes legalmente en España, pretendan impugnar alguna de las resoluciones administrativas a las que se refiere el Defensor del Pueblo en su recurso no puede reconocérseles el derecho a la asistencia jurídica gratuita pese a que reúnan las condiciones económicas que, en otro caso, les permitirían acceder a tal beneficio. De otra parte, el art. 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (al igual que el art. 33 de la anterior Ley de 1956), exige para la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones a las que se refiere el Defensor del Pueblo que las partes se encuentren representadas por Procurador y defendidas por Letrado. El incumplimiento de este requisito afecta a la validez de la comparecencia y, tras el correspondiente requerimiento de subsanación, desemboca, según el art. 45.3 de la indicada Ley, en el archivo de las actuaciones, sin posibilidad de obtener, por tanto, una resolución sobre el fondo de las pretensiones que se intenten deducir ante la jurisdicción ordinaria. De ahí que, si el extranjero no residente legalmente en España no dispone de recursos suficientes para procurarse Abogado que le defienda y Procurador que le represente, verá cerrado su acceso a la jurisdicción y no podrá someter al control de ésta la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) en un aspecto que le concierne directamente, como es su *status* de extranjero (permisos de residencia, trabajo, exenciones de visado, etc.), y que puede desembocar en su expulsión del territorio nacional. Ello supone, sin duda, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, del que, como se dijo, son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España), vulneración que, al resultar de la propia norma legal, hace que ésta incida en el vicio de inconstitucionalidad.

7. Finalmente han de realizarse dos precisiones en cuanto al alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

La primera tiene que ver con la alegación del Abogado del Estado, según la cual la estimación del recurso y la anulación del inciso "que residan legalmente en España" llevaría al reconocimiento universal del derecho a la asistencia jurí-

dica gratuita a toda persona extranjera que, reuniendo los requisitos económicos legalmente previstos, quisiera litigar ante los Juzgados y Tribunales españoles, ya se encontrase en España, ya en el extranjero.

Pues bien, para efectuar el enjuiciamiento que en este momento nos compete, ha de observarse que la extensión del ámbito tuitivo del beneficio de justicia gratuita en los términos apuntados por la representación procesal del Estado conduciría a unos resultados que desde luego no vienen exigidos por el texto constitucional, cuya eficacia normativa se contrae a su ámbito propio de aplicación. Ello permite concluir que la anulación de la palabra "legalmente" contenida en el precepto impugnado conjura el riesgo de que a la norma se le atribuya un alcance desconectado por completo del vicio de inconstitucionalidad que en ella se aprecia.

Adicionalmente debemos precisar, coherentemente con la fundamentación jurídica de esta Sentencia, que la expresión "que residan [en España]" habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el art. 13.1 b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el art. 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar.

8. La segunda precisión anunciada tiene que ver con la extensión de los procesos en que resulta reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita como consecuencia de la parcial declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado. Al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación. Aunque pudiera cuestionarse que el recurso del Defensor del Pueblo tenga dicho alcance general, así resulta de la estimación del mismo, y, si bien se mira, el supuesto planteado por el Defensor del Pueblo no es sino uno más de los posibles en los que un extranjero, con independencia de la regularidad administrativa de su situación, tiene legitimación para acudir a los Tribunales en defensa de su pretensión. Conforme a ello hemos de concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros venía cercenado por la norma impugnada en el caso de que careciesen de recursos económicos, en la medida legalmente prevista, para litigar.

JURISPRUDENCIA · TC ·

FALLO

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

Estimar, parcialmente, el recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso “que residen legalmente en España” del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y en consecuencia:

1º Declarar que el inciso “legalmente” incluido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, es inconstitucional y por lo tanto nulo.

2º Declarar que el término “residan”, igualmente contenido en el citado apartado y artículo, sólo es constitucional si se entiende en el sentido indicado en el fundamento jurídico 7. Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintidós de mayo de dos mil tres

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96.

Con el respeto que siempre me merecen los criterios de los Magistrados que con sus votos dan lugar a las Sentencias de este Tribunal, en ejercicio de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, considero conveniente dar publicidad a mi Voto disidente.

1. En mi opinión la Sentencia debería haber desestimado el recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo, pues considero que el hecho de que la Ley 1/1996 no extendiese el derecho de asistencia jurídica gratuita de los extranjeros en los términos en que lo hace nuestra Sentencia; esto es, extendiéndolo a todo tipo de procesos, y no sólo a aquéllos para los que se ordena, no vulnera el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, que es la clave constitucional sobre la que el Defensor del Pueblo asienta su recurso, y sobre la que se basa en definitiva nuestra Sentencia.
2. En mi criterio no existe base constitucional para la identificación absoluta de la situación de los españoles y de los extranjeros en orden al disfrute del derecho de tutela judicial efectiva en la totalidad de sus contenidos. Soy consciente de la jurisprudencia de este Tribunal que se cita en la Sentencia, que considera que nuestra Constitución atribuye el derecho de tutela judicial efectiva tanto a los españoles como a los extranjeros, entendiendo que es un derecho que corresponde a toda persona por su condición de tal, sin que el elemento de la nacionalidad pueda justificar una distinta atribución de tal derecho. No es mi propósito entrar a discutir ahora tal generosa concepción, que, a mi juicio, no es, ni mucho menos, incontrovertible. Pero opino que de esa base de partida no se deriva, como

exigencia constitucional indeclinable, la consecuencia de que derechos vinculados con el derecho de tutela judicial efectiva o instrumentales respecto de él, si se quiere, que tienen en la propia Constitución su expresa previsión y su jerarquización, se deban atribuir a los extranjeros en absoluta identidad con los españoles.

3. Frente a tal criterio considero, primero, que no existe una necesidad constitucional de identificación de las situaciones de los españoles y los extranjeros en relación a esos otros derechos; y derivado de ello que, cuando el legislador en el ejercicio de su libertad de ordenación concede a los extranjeros derechos que la Constitución no obliga a conceder, el que la Ley utilice en su referencia al grupo personal que integran los extranjeros, como categoría jurídica diferenciada de los españoles, el criterio de residencia legal en España, para acotar en relación con él los extranjeros a los que se atribuye el derecho y aquellos que quedan fuera de la atribución, es no sólo conforme a la Constitución, sino a la más pura lógica jurídica.
4. Creo que el tratamiento jurídico del complejísimo fenómeno de la emigración obliga a este Tribunal a ser especialmente cauteloso, y, con el máximo respeto a la mayoritaria opinión contraria de mis colegas, creo que en este caso no lo ha sido, pues la Sentencia, a mi juicio, se construye sobre la base de una ampliación de los contenidos del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, incluyendo en ellos algo que la Constitución de modo inequívoco no incluyó en el derecho fundamental, para con ese mecanismo argumental dispensar a ese contenido añadido el mismo tratamiento constitucional que es aplicable al auténtico derecho fundamental, en cuanto limitativo de la disponibilidad del legislador en la ordenación de ese contenido añadido. Con tal modo de proceder este Tribunal se convierte, de legislador negativo que debe ser, según la consolidada caracterización doctrinal del mismo, realmente en legislador positivo, que de ningún modo puede ser.
5. Me preocupa de nuestra Sentencia más que su consecuencia inmediata, la virtualidad expansiva del mecanismo argumental que en ella se emplea, que por cierto no es nuevo (como lo evidencia, en otro orden de cosas totalmente distintas, la conversión del derecho de negociación colectiva del art. 37 CE, no incluido entre los garantizados con el derecho de amparo constitucional —art. 53.2 CE—, en contenido del derecho de libertad sindical, art. 28.1, si beneficiario de dicha garantía), y que, a mi juicio, tiene mucho de artificio dialéctico de muy escaso rigor lógico. Creo que cuando nuestra Constitución jerarquiza, como lo hace en el art. 53 CE, el diverso significado de los derechos y principios que establece, a efectos de la vinculación del legislador, tal jerarquización no puede ser soslayada por este Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la misma —art. 1 LOTC—, trasladando de hecho con su modo de argumentar derechos que la Constitución sitúa en un deter-

JURISPRUDENCIA · TC ·

minado emplazamiento (en este caso en el Título VI) a otro (el de los derechos fundamentales), para de ese modo exigir del legislador un vinculación que sólo existiría, si, en efecto, el derecho en cuestión (en este caso el de asistencia jurídica gratuita, por cierto no consagrado directamente como tal derecho constitucional, sino derivado de un mandato al legislador, lo que no es un dato baladí) se contuviese en la definición constitucional del derecho fundamental de que se trate (aquí el de tutela judicial efectiva).

Aun admitiendo que el derecho de asistencia jurídica gratuita, en cuanto instrumental del derecho de tutela judicial efectiva, pueda llegar a incluirse en el contenido de éste, si la Constitución no lo incluyó, y lo hizo, por el contrario, en la regulación referida al poder judicial (art. 119 CE), y, como ya se ha advertido, ni tan siquiera como derecho, sino como mandato al legislador en la configuración de la justicia, me parece que es ineludible atenerse a ese dato negativo, sin forzar los términos del art. 24 CE, llevando a él contenidos que están ausentes de él.

6. No se trata de interpretar el sentido del art. 24 CE, ateniéndose a la pauta interpretativa a que obliga su art. 10.2 CE, lo que ciertamente sería ineludible, sino, antes de ello, de atenerse a la interpretación que directamente impone la Constitución misma, si existe en ella un tratamiento inequívoco sobre la caracterización y jerarquización de los derechos que establece, como ocurre, en mi criterio, en este caso, atendiendo, en su recto sentido, a lo dispuesto en el art. 53.1, en relación con los arts. 24 y 119 CE.

Cuando el tratamiento jerarquizado de los diferentes derechos que regula la Constitución es uno preciso, no cabe que la sistematización de tales derechos en ella pueda ser corregida por vía interpretativa a los efectos del distinto significado que les atribuye y del distinto grado de vinculación del legislador, acudiendo a la regulación de dichos derechos en los Tratados ratificados por España, pues la función constitucional que el art. 10.2 CE confía a dichos Tratados no permite reconocerles la virtualidad de corregir contenido inequívocos de la Constitución, o de crear derechos fundamentales que ésta no ha previsto.

Pero en todo caso, para poder aflorar de un precepto de la Constitución, en el que se regulan libertades públicas o derechos fundamentales, contenidos no inmediatamente explícitos en dichos preceptos por la obligada vía interpretativa de referencia a los Tratados Internacionales, el dato lógico inexcusable será que tales contenidos figuren inequívocamente en dichos Tratados. Y es lo cierto que en los que la Sentencia cita para elaborar su argumentación (Declaración universal de derechos humanos —art. 6.1— y Pacto internacional de derechos civiles y públicos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 —art. 14.1) no existe previsión atinente al derecho a la justicia gratuita en los amplísimos términos en los que nuestra Sentencia la da por supuesta.

7. Creo, en suma, que constituye exceso en la interpretación de la Constitución, y supone, prácticamente la asunción

por este Tribunal de un papel de legislador, que no le corresponde, la conversión de un derecho, derivado de un mandato del art. 119 CE, en cuanto a la configuración de la Justicia (derecho de justicia gratuita), en contenido esencial del derecho fundamental de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, cuando tal contenido (el del derecho a la asistencia jurídica gratuita) no está presente en dicho precepto, y cuando no existe ningún Tratado internacional ratificado por España de los referidos en el art. 10.2 CE (al menos no se cita en la Sentencia) que lo consagre en los amplios términos en que lo hace la Sentencia, y ello como base para proclamar que, por exigencia constitucional directa, el legislador debía haber reconocido a todos los extranjeros, al margen de la legalidad o ilegalidad de su residencia en España, el derecho a la asistencia jurídica gratuita en todo tipo de procesos, y no sólo en los que se lo otorga la Ley cuestionada.

Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil tres.

Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1555/96.

1.- Desde el respeto a la opinión mayoritaria, valgan estas líneas como breve reflexión antes de exponer mi discrepancia con la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1555/96:

Sobre el delicadísimo fenómeno de la emigración cualquier operador jurídico ha de actuar con una equilibrada cautela en la que han de confluir, por un lado, la inexcusable sensibilidad inherente a un problema humano de tan relevante magnitud y, por otro, la necesidad de un control de los posibles excesos de variada índole que afectarán a los límites de lo sociológicamente aceptable en el seno de una comunidad nacional establemente consolidada y democráticamente gobernada como actualmente lo es la española.

De ahí que para quien suscribe este Voto, un pronunciamiento jurisdiccional referido a determinados aspectos de un fenómeno en indudable progresión, como es el migratorio, precisa de una específica ponderación de los intereses en conflicto para evitar que, en términos de estricta justicia, puedan, en su caso, homologarse o rectificarse planteamientos normativos como los cuestionados en esta causa, sin la emisión de decisiones interpretativas que contengan en su seno previsiones de certeza problemática al ser aplicadas. Tan reiterada manifestación de prudencia jurisdiccional nos parece imprescindible, no sólo por razones de oportunidad sino en base a una íntima convicción de que la solución adoptada estaba necesitada de una más profunda reflexión. Ello no significa reproche alguno para la decisión mayoritaria de la Sala que, como no podía ser menos, acato y respeto, sino como exposición de una prudente reserva acerca de la instauración terminante de fórmulas resolutivas que, en mi modesta opinión y a no corto plazo, pueden generar situaciones abusivas de inasumible coste presupuestario y social, por lo que merman apriorísticamente su propia

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TC ·

dosis de efectiva aplicación y adecuado contenido.

2.- Así pues, desde tal perspectiva, emito mi discrepancia en los siguientes términos: Coincido con la Sentencia aprobada por la mayoría en que este recurso no perdió objeto por el hecho de que el legislador aprobara las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Pero, dicho esto, es indudable que la resolución del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo está fuertemente condicionada por la aprobación de ambas Leyes Orgánicas, dado que la demanda se basaba precisamente en la privación del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros no residentes legalmente en España en los expedientes de expulsión, pues la Ley 1/1996 contemplaba solamente este derecho en los supuestos de asilo. Por decirlo de otra forma, no resulta, a mi juicio, obligado entender que la respuesta positiva a la cuestión planteada por el Defensor del Pueblo y las consideraciones que se puedan hacer respecto de los expedientes de expulsión, obligue a responder de la misma forma en el resto de los procedimientos. Ni siquiera de algunos de los previstos en la actual Ley de asistencia jurídica gratuita.

Por lo tanto, la consideración inicial debe partir de que, modificadas las previsiones de la LAJG en relación con los procesos de expulsión, en la situación actual, y pese a lo que pueda parecer del tenor de la Sentencia aprobada por la mayoría, el reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente es, por decisión del legislador, prácticamente universal para los ciudadanos extranjeros. Y lo es con independencia de que residan o no legalmente en España, pues se ha ampliado el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los procedimientos administrativos o judiciales que pudieran llevar a la denegación de la entrada en el territorio nacional, o a su devolución o expulsión.

Resulta así que son verdaderamente excepcionales los procedimientos judiciales en los que la situación de los extranjeros no es exactamente la misma para españoles que para aquéllos. Todo ello sin tener en cuenta las posibilidades establecidas en el sistema en lo referente a orientación jurídica o asesoramiento previo a cualquier proceso, pues en dicha materia no existe tampoco distinción alguna respecto a extranjeros que residan legal o ilegalmente en España.

En resumen, además de que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y los legalmente residentes en España gozan de los mismos derechos que los españoles en esta materia, los demás extranjeros con independencia de su residencia legal en España también gozan de idéntica situación que los españoles en todos los procedimientos penales (por cierto en cualquier posición procesal, lo que no viene exigido por los Tratados internacionales), en todos los procedimientos del orden social cuando se trata de trabajadores, y en todos los procedimientos contencioso-administrativos, tanto los referentes a sanciones, como los que se refieren al asilo, entrada o expulsión del territorio nacional.

3.- Por otra parte, conviene destacar que una vez que el verdadero núcleo del recurso de inconstitucionalidad que ahora se analiza quedó profundamente afectado —tal como se ha anticipado— por las reformas operadas en las Leyes Orgánicas ya citadas, la decisión de la mayoría se refiere exclusivamente, y, por tanto, a una limitada parte de procedimientos judiciales y, desde luego, se contrae a cuestiones distintas a las planteadas por el Defensor del Pueblo, lo que, en mi opinión, conduce a conclusiones desacertadas.

Así pues, me resulta obligado afirmar que la decisión de la que discrepo afecta a un universo indeterminado y a supuestos en los que el Estado español no estaría obligado a proporcionar asistencia jurídica a los extranjeros no residentes, conforme a los Tratados internacionales a los que se refiere el art. 13.1 CE y nuestra doctrina.

Si a ello se añade que la Sentencia aprobada por la mayoría no diferencia de modo nítido y reconocible las muy diversas situaciones en las que se puede encontrar una persona que no siendo nacional de un Estado miembro de la Unión Europea esté en nuestro país, a pesar de ser notorio que éstas son diversas y en modo alguno equiparables, se comprende mejor mi disidencia.

Por ello, creo que no es ocioso reiterar nuestra doctrina sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita que hemos calificado como un derecho de configuración legal y de naturaleza prestacional que confiere al legislador un amplio margen para decidir su desarrollo conforme a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias (STC 16/1994, por todas). Este marco de libertad de configuración del legislador también ha sido afirmado por el Tribunal, tanto en las primeras Sentencias sobre este derecho, como muy recientemente en la Sentencia 182/2002. Estamos pues, en presencia de doctrina consolidada de la que es, por todas, exponente revelador la STC 12/1998, en la que se desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre la posibilidad de denegar el derecho a quienes trataran de llevar a los Tribunales pretensiones insostenibles en el marco de tal libertad de configuración normativa del derecho consagrado en el art. 119 CE, afirmando de modo expreso que no es contrario a la Constitución la instauración de un límite legal al libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción por parte de los ciudadanos que carecen de recursos económicos suficientes para litigar. Este límite, se ha dicho, está basado en una finalidad constitucional legítima, razonable y proporcionada. Tal limitación —que recordemos está relacionada con el derecho de acceso al proceso— “se encuentra entre los que legítimamente puede perseguir el legislador a la hora de limitar el libre ejercicio del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales”.

4.- Con tal visión, y a partir de los precedentes presupuestos, entiendo que tratándose de extranjeros, la Sentencia de la mayoría realiza una interpretación que no puedo

JURISPRUDENCIA · TC ·

asumir según está formulada, lo que conduce a la formalización del presente Voto en cuyo frontispicio debo afirmar mi coincidencia con la conclusión a la que llega el otro Voto particular discrepante. Esto es, que la tesis de la mayoría nos convierte en legisladores positivos al haber regulado aspectos del derecho a la asistencia jurídica gratuita que el propio legislador no ha regulado.

La Sentencia mayoritaria parte de que nuestra Carta Magna impone que todos los extranjeros, en todos los órdenes jurisdiccionales, sin distinción del carácter legal o ilegal de su residencia, han de disfrutar de una prestación como es la asistencia jurídica gratuita porque forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

No comparto dicha conclusión. Es cierto que el legislador no puede suprimir para los extranjeros el derecho a la asistencia jurídica gratuita pues ello iría contra lo dispuesto en el art. 13.1 CE. Pero estando ante un derecho de configuración legal y de carácter prestacional, no resulta obligado por la Constitución extenderlo a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa y en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo que se trate de aquellos procedimientos en los que así resulte obligado por los Tratados internacionales. La concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita puede ser modulada por el legislador atribuyendo un mayor o menor contenido al derecho o a las prestaciones, o atemperándola con relación a las situaciones administrativas para excluir, donde no resulte obligado por los referidos Tratados, a grupos indeterminados de personas. Ese fue el tenor del Voto particular a la STC 115/1987 con el que, en este punto, me identifico plenamente.

En consecuencia, una vez que el legislador reformó la Ley de asistencia jurídica gratuita y admitió, de modo generalizado y sin reserva alguna relacionada con la residencia, la asistencia jurídica gratuita en los procesos contencioso-administrativos en los que estaba en juego la entrada o expulsión de los extranjeros, no resultaba obligado *ex Constitutione* reconocer este derecho a todos los extranjeros en todos los procesos como, en mi modesta opinión, con criterio equivocado afirma la tesis mayoritaria. El legislador tiene aquí un marco de actuación muy amplio y podía —como lo hizo— establecer un contenido concreto, sin por ello vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, de suerte que, resuelta la situación planteada por los procesos de expulsión a los que se refería indudablemente el recurso del Defensor del Pueblo, debió desestimarse el recurso en el resto y en los términos antes expuestos.

Este es, pues, el contenido del presente Voto particular.

En Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil tres.

Voto concurrente que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1555/96.

1. A diferencia de lo que suele acontecer en los Tribunales ordinarios, en el Derecho comparado los Tribunales

Constitucionales resuelven muy a menudo con diferentes voces. Por eso el artículo 90.2 de nuestra Ley Orgánica nos faculta para que reflejemos en un Voto particular nuestra opinión discrepante de la mayoría, cuando la misma se ha defendido en el acto de deliberación y fallo de un recurso.

2. La Sentencia de la mayoría parece tener un razonamiento lógico impecable. Parte de dos premisas asentadas en nuestra jurisprudencia, a saber: a) que, conforme a una doctrina de las SSTC 183/2001 y 117/1998, el beneficio de justicia gratuita es un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción del art. 24 CE y b) que el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos inherentes a la condición humana (desde la STC 99/1985, confirmada en la STC 115/1987). Por eso la Sentencia mayoritaria, razonando con rigor, no duda en extender, en condiciones de igualdad con los españoles y ciudadanos de la Unión Europea, el beneficio de justicia gratuita a todos los extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

3. Ciertamente es que tal extensión conduce a un resultado de aceptación difícil: En todas las circunstancias en las que los Tribunales españoles sean competentes para resolver de un asunto bastará la presencia de un elemento de extranjería, aunque el extranjero se encuentre en el extranjero y sin relación con nuestro territorio, para que el Estado español arbitre *urbi et orbe*, si el extranjero carece de recursos suficientes, un sistema que le permita disfrutar del beneficio de justicia gratuita. El “esfuerzo social colectivo y solidario que requiere el disfrute de tal beneficio [el de justicia gratuita] por parte de los ciudadanos más desfavorecidos económicamente” (en palabras de la STC 12/1998) sería dirigido a sufragar con dinero público la defensa de pretensiones de personas que no sólo no son ciudadanos españoles sino que no han tenido con el Estado otro contacto que el de trabar la competencia de los Tribunales del foro. Bastaría una insuficiencia, siquiera coyuntural, de fondos presupuestarios para mostrar la imposibilidad de asentar tal posibilidad como una exigencia que dimana de la Constitución misma, aunque sería sin duda una conquista de nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Tal vez por la dificultad de esta conclusión la Sentencia mayoritaria formula las precisiones del séptimo de los fundamentos de Derecho. Dicho fundamento introduce matices importantes tendentes a limitar el beneficio de justicia gratuita a quienes ya han traspasado, por así decirlo, el umbral de nuestro ordenamiento jurídico y que, tras entrar y obtener permanencia en el territorio español, solicitan desde él que se les conceda el beneficio de justicia gratuita. La interpretación que, conforme a la Constitución, se hace en el apartado 2 del fallo y en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia de la expresión “que residan en España” me parece, no obstante, inde-

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TC ·

terminada e imprecisa en su alcance (cfr. *ad exemplum*, el artículo 1 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, BOE 77/1988, de 30 de marzo). No creo que pueda entenderse dicha interpretación como una exigencia que se impone *ex Constitutione* al legislador. Las muy diferentes posiciones (turista, trabajador temporal, inmigrante, etc.) de quienes, en una "situación puramente fáctica" (sic en FJ 7) se hallan en territorio español deben, y a mi modo de ver "pueden", ser contempladas y precisadas por el legislador constitucional que desarrolle el art. 119 CE, ya que en el segundo inciso de este precepto constitucional se garantiza un derecho de clara configuración legal, como ha enseñado la jurisprudencia que recoge la propia Sentencia mayoritaria (FJ 3) y subraya uno de los Votos discrepantes. Hechas estas matizaciones resulta difícil no compartir la Sentencia mayoritaria, en cuanto la misma se limita a aceptar respecto de la Ley de asistencia jurídica gratuita de 10 de enero de 1996 lo que, aunque también con matices en los que aquí no hay que entrar, las Leyes de extranjería 4/2000 y 8/2000 reconocen ya hoy, venturosamente, para los extranjeros, bien se encuentren éstos legal o ilegalmente en España.

4. Creo, no obstante, que el art. 13 CE contiene una norma de contenido propio, esencial en la materia de derechos y libertades de los extranjeros en España, dotada en sí misma de un contenido protector de dichas libertades y derechos fundamentales (STC 15/1987). La jurisprudencia ordinaria (SSTS de 13 de junio y 24 de septiembre de 1991 y de 12 de noviembre de 1992) puso de relieve que existen normas de Derecho internacional general que inciden en el ordenamiento español, abierto al internacionalismo (párrafo final del Preámbulo CE). Dichas normas obligan a todos los Estados soberanos a reconocer en su ordenamiento interno el derecho de acceso a los Tribunales de los súbditos extranjeros que se relacionen con él y garantizan un *standard minimum* internacional. En consecuencia aún en la hipótesis —por fortuna meramente teórica— de que los Tratados y Convenios que integran el denominado Derecho internacional humanitario no existiesen o no vinculasen al Reino de España, regiría en nuestro Derecho por virtud de la misma Constitución, y con anterioridad incluso a los tratados internacionales a que se refiere el art. 13 CE, lo que en nuestra tradición histórica se denominaban "derechos independientes de toda condición de espacio y para cuyo ejercicio no es necesario el medio de la nacionalidad". Pues bien, son esos en realidad, a mi entender, los "derechos inherentes a la condición humana" acertadamente proclamados en las SSTC 107/1984 y 99/1985.

5. Como muy bien señala el fundamento de Derecho quinto de la Sentencia mayoritaria entre los derechos expresados se halla, sin duda, el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde tanto a españoles como a extranjeros, debiendo ser su regulación igual para ambos en el sentido constitucional del principio de igualdad. El derecho a la tutela judicial efectiva, que consagra el art. 24 CE, rige

por ello para los extranjeros y se configura, ya en un plano distinto al del texto constitucional, por lo que resulte de los tratados internacionales y, dentro de un obligado respeto a los límites por ellos impuestos, a su desarrollo mediante la correspondiente ley (orgánica en el caso del desarrollo del art. 13 CE y ordinaria en el caso del art. 119 CE). Mi discrepancia con la mayoría concluye al poner de relieve que la exigencia de igualdad no puede ser entendida necesariamente como obligación de identidad. No debe inspirar recelos una regulación no idéntica para españoles y extranjeros en la materia que nos ocupa. Como es evidente que en el estatuto de extranjería existen delicadas cuestiones que son diferentes a las que se plantean en el estatuto de ciudadanía, la igualdad en la atribución o titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva no implica excluir una regulación legislativa distinta del beneficio de justicia gratuita, siempre que se ajuste a cánones de proporcionalidad y razonabilidad.

En tal sentido emito mi Voto concurrente.

Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil tres.

COMENTARIO A LA STC 95/2003, DE 22 DE MAYO DE 2003.

La presente sentencia del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC) estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, formulado por el Defensor del Pueblo, contra el apartado a) del art. 2 de la Ley 1/1996, precepto que regula la aplicación del derecho a la asistencia jurídica gratuita en su ámbito personal. La tacha de inconstitucionalidad, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se circunscribe a la exigencia de residencia legal en España para obtener la gratuidad de la justicia por parte de los ciudadanos extranjeros en determinados procesos, ya que —en la jurisdicción penal y en lo referente al derecho de asilo— sí gozarían de la asistencia letrada y representación gratuitas, independientemente de la legalidad o no de su residencia.

La delimitación efectuada por la norma impugnada, partiendo de la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, se estima contraria a nuestra Constitución (en adelante, CE) porque constituye un obstáculo al acceso a la jurisdicción para los extranjeros residentes ilegalmente en España que carecen de recursos para litigar, no respetando —de esta manera— el contenido esencial del derecho fundamental.

En su argumentación, nuestro TC recuerda la doctrina sentada en la STC 117/1998, de 2 de junio, sobre el carácter instrumental del derecho recogido en el art. 119 CE respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE.

Señala, por un lado, que la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 119 CE no es absoluta, pues existe un contenido que es indisponible por imperativo constitucional. Contenido indisponible ya apuntado por la STC 16/1994 (FJ 3º) y que supone "que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA • TC •

los gastos originados por el proceso [...] sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos" (FJ 4º párrafo segundo). La concreción de lo que deba entenderse por "insuficiencia de recursos para litigar" corresponde, obviamente, al legislador; ahora bien, una vez concretado, no podrá privarse a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad, pues ello implicaría una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por otro lado, y como consecuencia lógica de la doctrina del carácter instrumental, el TC ha de exponer los argumentos para atribuir a los extranjeros la titularidad del derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Cometido realizado ya desde la STC 99/1985 y que, por la dicción literal del propio art. 24.1 CE y, *ex art.* 10. 2 CE -por lo que se dispone en diversos Tratados Internacionales en los que se reconoce el derecho a todas las personas, sin atender a su nacionalidad, aspecto sobre el que nos detendremos posteriormente-, no sólo se realiza con la atribución sino que, además, tendrán el beneficio en iguales condiciones que los españoles, sin posibilidad de modulación: dicho de otra forma, la tutela judicial efectiva se inserta en "aquellos derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano" (FJ 5º, que cita el FJ 2º de la STC 9/1985, de 30 de septiembre). En voto particular disidente a la sentencia que se comenta, el Magistrado don Vicente Conde expresa su desacuerdo con relación a esta equiparación absoluta entre españoles y extranjeros: considera que el beneficio de justicia gratuita, al contemplarse en el art. 119 CE, no puede configurarse como contenido esencial del derecho fundamental de tutela judicial efectiva del art. 24 CE y, de esta forma, la libertad del legislador para conceder el beneficio en atención al criterio de residencia legal en España, sería conforme a la Constitución. Sin embargo, es indiscutible, y así lo expresa la opinión mayoritaria en la sentencia, que la asistencia jurídica gratuita es un derecho de "configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio [...] corresponden delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados" (FJ 3º, que cita el FJ 3º de la STC 117/1998). Ahora bien, esta amplia libertad de configuración legal no puede interpretarse de forma absoluta, pues igual de cierto nos parece que la existencia de un contenido constitucional indisponible, antes mencionado, es incuestionable. De suerte que, en este sentido, la identificación absoluta nos parece acertada. El TC finaliza su razonamiento con un ejemplo de la jurisdicción contencioso-administrativa, que puede situar al extranjero ante la imposibilidad de someter al control juris-

dicional la resolución administrativa que establezca, incluso, su expulsión del territorio nacional.

No se ha limitado nuestro Alto Tribunal a la mera declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, sino que precisa el alcance de su proclamación con dos precisiones: la primera, para evitar un reconocimiento universal del derecho a toda persona extranjera, delimita la anulación exclusivamente a la palabra "legalmente" y la expresión "que residan" habrá de entenderse a la situación puramente fáctica; la segunda, delimita el derecho "en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación" (FJ 8º), es decir, todos los extranjeros, en todos los órdenes jurisdiccionales, han de disfrutar de la asistencia jurídica gratuita. De este modo, se trata de un pronunciamiento que aclara el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita que tiene todo ciudadano, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa, en nuestro país.

La importancia de esta sentencia ha sido reflejada en un reciente estudio de Amnistía Internacional sobre las mujeres inmigrantes indocumentadas en España ante la violencia de género. En él se pone de manifiesto la práctica sistemática de interpretar restrictivamente el término "residente", una vez que la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, suprimió -del ámbito de aplicación personal- la referencia de "los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente" (epígrafe 3.3.). Así, la aplicación de la parte dispositiva de esta sentencia que se comenta supondrá, imperiosamente, la modificación de este criterio interpretativo.

Anteriormente, hemos hecho referencia al art. 10.2 CE y al mandato que incorpora respecto a la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales recogidas en el texto constitucional, de acuerdo con lo previsto en esas materias por los tratados internacionales suscritos por España. En este sentido es importante señalar que el pasado día 1 de julio de 2003 ha entrado en vigor el *Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*, al completarse el depósito de veinte instrumentos de ratificación⁵⁶. Ha de indicarse que ni España, ni ningún otro país de la Unión Europea, ni de los incluidos en lo que suele llamarse simplídicamente "mundo occidental", ha firmado siquiera dicho instrumento convencional. Es llamativo que quienes los han hecho son Estados puntos de partida de corrientes migratorias, sobre todo de Sudamérica, África y Oceanía. Junto a este componente subjetivo, debe resaltarse igualmente las dificultades sufridas por dicho tratado, así como que sólo haya entrado en vigor casi a punto de cumplirse trece años de su adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990⁵⁷.

56. Puede consultarse en www.unhcr.ch. Contiene un conjunto de normas internacionales de carácter obligatorio reguladoras del tratamiento de los derechos humanos y sociales de los migrantes, tanto documentados como no, así como de las obligaciones y responsabilidades respectivas del Estado que envía y del Estado que recibe.

57. Un ejemplo, entre otros, es que no ha llegado a entrar en vigor la parte de la Convención que establece el procedimiento de comunicación individual con el Comité de protección instaurado en él, para lo que se necesita las declaraciones de diez de los Estados parte.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TS ·

Finalmente, ha de mencionarse que el pasado día 25 de julio el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto que incorpora el *Reglamento de la asistencia jurídica gratuita*, no publicado aún cuando se escriben estas líneas. Sí parece pretender que las solicitudes de reconocimiento del derecho gozarán de prioridad en su tramitación y se cumplimentarán en un nuevo modelo normalizado y sencillo.

Por lo tanto, y como conclusión, se desprende de esta resolución jurisdiccional la consideración de que el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, al comprender en su contenido esencial la titularidad del beneficio de

justicia gratuita en sentido genérico ("todas las personas"), resulta lesionado al limitar el legislador su concesión en virtud de la legalidad de la residencia del solicitante extranjero. Doctrina constitucional que supone, a nuestro juicio, un avance en la protección de los derechos y libertades de los extranjeros que se hallen en España y que, si es seguida por una correcta aplicación en todo el territorio, implicará –asimismo– una mejor integración de este colectivo en nuestra sociedad. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ y JORGE MUÑOZ MELLADO. ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MAYO DE 2003.
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY 39/1999 E IMPOSIBILIDAD DE APLICAR
ANALÓGICAMENTE LA ORDEN DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1967. DENEGACIÓN
DE SUBSIDIO DE MATERNIDAD COMO ASIMILADO A PARTO MÚLTIPLE.**

STS (SALA DE LO SOCIAL), DE 5 DE MAYO DE 2003.
PONENTE: EXCMO. SR. D. JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante, funcionaria de la Junta de Andalucía, obtuvo el 26 de abril de 1999 el acogimiento pre-adoptivo, por medio de la pertinente resolución administrativa, de dos menores simultáneamente, nacidos el 7 de julio de 1998 y el 21 de julio de 1997. Solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social prestaciones por maternidad, que se le reconocieron sobre la base reguladora de 11.400 ptas. y durante seis semanas de duración. Disconforme con esa decisión y agotada la vía previa planteó demanda ante la Jurisdicción social en la que pretendía con carácter principal el reconocimiento del subsidio como asimilado a parto múltiple por un periodo de 18 semanas y subsidiariamente de 12 semanas.

El Juzgado de lo Social número uno de los de Sevilla dictó sentencia desestimatoria el 16 de noviembre de 2000. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en sentencia de 15 de marzo de 2002, desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia, aplicando la normativa vigente en el momento del acogimiento y del correlativo reconocimiento de las prestaciones. En esta resolución se rechaza la aplicación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, dictada para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de personas trabajadoras, que entró en vigor el día 7 de noviembre de 1999, que dio nueva regulación al artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, tanto de forma directa, por no estar vigente en el momento de la situación pro-

tegida (cuestión que nadie discutió), como por analogía. Del mismo modo, se rechaza en ella la aplicación tanto directa como analógica del artículo 2.3 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 en cuanto extiende las prestaciones de seis a doce semanas únicamente en caso de parto doble y no se refiere a los supuestos de adopción.

SEGUNDO.- Frente a dicha sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla se interpone ahora el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 22 de noviembre de 1999. En ésta se contempla un supuesto sustancialmente igual, en el que una trabajadora del Ayuntamiento de Zaragoza, antes de la entrada en vigor de la Ley 39/1999, obtuvo el acogimiento preadoptivo de dos menores, cuyas edades también estaban comprendidas entre los nueve meses y los cinco años. Se le reconocieron seis semanas de prestaciones y la Sala de suplicación estimó la pretensión de la actora y extendió las mismas hasta completar doce semanas, seis por cada menor, aplicando analógicamente el artículo 2.3 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967. El hecho de que en este caso se trata de una persona sujeta con el Ayuntamiento por vínculo laboral y en el de la sentencia recurrida sea una funcionaria carece de relevancia, pues en ambos casos se trata del reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social en situaciones idénticas, en las que las sentencias comparadas llegaron a soluciones contrapuestas. Concurren por tanto los requisitos que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para que esta Sala pueda llevar a cabo su función unificadora de la doctrina, señalando aquella que resulte ajustada a derecho.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TS ·

TERCERO.- La cuestión así planteada consiste en determinar el alcance que ha de tener el subsidio por maternidad para las adopciones múltiples en aquellos supuestos en los que aún no había entrado en vigor la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 266/1999 de 06-11-1999), que por imperativo de lo dispuesto en su disposición final segunda, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, esto es, el 7 de noviembre de 1999.

Así las cosas, conviene detenerse un momento en el análisis de la evolución normativa de la adopción en este ámbito, a efectos de su posible equiparación con la maternidad o filiación natural. Es en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, en la que se contempla por primera vez la adopción a estos efectos. En la exposición de motivos de esta norma se parte de la necesidad de ampliar el descanso por maternidad pues la duración de catorce semanas fijada entonces tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la normativa para Funcionarios -Ley 30/1984 que es la que rige en este caso la relación funcional de la demandante- precisaba de una ampliación para, por un lado, proteger mejor la salud de la madre y la relación de ésta con su hijo y, por otro, acoger las previsiones del Convenio 103 de la OIT sobre Protección de la Maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, que imponía un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía entonces en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí la necesidad -se dice en la referida exposición de motivos- de proceder a una reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto. Y a continuación se añade que "Asimismo, se ha considerado conveniente asimilar a este supuesto, con un tratamiento específico, los casos de adopción de menores de cinco años". Ese tratamiento específico de la adopción se configura en un doble sentido. En primer lugar, señalando periodos de descanso o suspensión de la relación laboral o funcional más breves que los previstos para la maternidad. Para ésta se extienden a dieciséis semanas, ampliables en dos más en caso de parto múltiple, hasta dieciocho como máximo. En segundo término, fijando para la adopción un periodo de suspensión del contrato o de permiso, en caso de los funcionarios, de ocho semanas si el adoptado es menor de nueve meses y de seis semanas si es mayor de esa edad, pero siempre menor de cinco años; por encima de esa edad no se reconocía el derecho. Además, en ningún caso se establecía una ampliación de esos periodos en caso de adopción múltiple.

El siguiente paso se dio en la Ley 13/1996, aplicable en el momento en que se produjo el hecho causante en este caso, con arreglo a la que se modifica el texto refundido del Esta-

tuto de los Trabajadores, de 24 de marzo de 1995 y con el mismo alcance la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública a fin de equiparar los efectos de la filiación adoptiva a la natural, en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad. En el artículo 89 uno, se modifica el apartado 4 del art. 48 del Estatuto de los Trabajadores y en el número dos, con idéntico contenido, el párrafo tercero del apartado 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que quedaba redactado de la siguiente manera:

"3. En el supuesto de adopción de un menor de nueve meses, el funcionario tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas, contadas, a su elección, bien a partir del momento de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se haya constituido la adopción. Si el hijo adoptado es mayor de nueve meses y menor de cinco años, el permiso tendrá una duración máxima de seis semanas. En el caso de que el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho."

La nueva norma extiende el permiso por adopción hasta equipararlo al que corresponde a la filiación biológica pero sólo si el adoptado es menor de nueve meses, y si es mayor, hasta los cinco años, el periodo a reconocer permanece en las seis semanas. Tampoco en esta norma se contempla la situación de acogimiento o adopción múltiple. En consecuencia, a la demandante se le concedieron seis semanas de prestaciones, dadas las edades de los adoptados, sin contemplar el hecho de que la adopción era doble.

La evolución normativa continúa con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que entró en vigor el 7-11-1999, que al no contener previsión de retroactividad no es aplicable -y así se admite- a la demandante. En su exposición de motivos se afirma que en ella "se introducen importantes modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo. Frente a la legislación actual en la que la duración del permiso depende de la edad del menor, concediéndose distintos periodos de tiempo, según el niño o niña sea menor de nueve meses o de cinco años, la Ley no hace distinción en la edad de los menores que generan este derecho, siempre que se trate de menores de seis años". En consecuencia, se regulan en el artículo quinto de dicha norma para los trabajadores (modificando el art. 48.4 ET) y en el artículo vigésimo para los funcionarios (art. 30.3 de la Ley 30/1984) los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, en los que la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable por primera vez en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo y se contempla también la posibilidad de que la duración de la suspensión sea también de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TS ·

de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos en determinadas circunstancias.

De lo anterior se desprende que de manera expresa no se regulan los supuestos de adopción múltiple hasta la entrada en vigor de ésta última Ley 39/1999, cuya disposición final primera autorizaba al Gobierno para su desarrollo. Esta tarea se ha llevado a cabo por medio del R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, en cuyo artículo segundo se dice que son situaciones protegidas por el subsidio la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 del art. 48 del Estatuto de los Trabajadores, en el apartado 3 del art. 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en los términos antes recogidos. Por otra parte, en el artículo 3.2 se dice que en caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Por medio de este precepto se cierra el marco normativo de las prestaciones por adopción y específicamente de la adopción múltiple simultánea, puesto que en la Disposición Derogatoria Única, letra a), se deroga expresamente -entre otros- el artículo 2.2 del Decreto 3158/1966 y en la letra b) el artículo 2.3 de la Orden de 13 de octubre de 1967, con lo que desaparecen las dudas que sobre la vigencia de tales preceptos pudiesen existir.

CUARTO.- Ciertamente que todas las normas citadas posteriores a la Ley 13/1996 no son aplicables al caso, como antes se dijo, si bien se han traído aquí para contemplar desde una perspectiva global los aspectos más relevantes de la evolución normativa del subsidio en lo que a la adopción en general respecta y particularmente en la que a la adopción múltiple simultánea se refiere y analizar la cuestión de fondo que en el presente recurso se plantea, en el que la recurrente denuncia como infringidos el artículo 2.3 de la Orden de 13 de octubre de 1967, en relación con el artículo 4.1 del Código Civil, por entender que en lo que dispone la Ley 13/1996 sobre la adopción múltiple, existe una laguna legal que ha de ser colmada por aplicación analógica de lo que se establecía en artículo 2.3 (hoy derogado) de la referida Orden, con arreglo al que las trabajadoras beneficiarias por maternidad tendrían derecho, en caso de parto múltiple, a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que les corresponde percibir por el primero durante

el periodo de descanso obligatorio, de seis semanas. En suma, la pretensión de la recurrente y la doctrina que se fija en la sentencia de contraste es la de entender que la omisión del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores en este punto "no obedece al propósito del legislador de mantener diferencias" teniendo en cuenta que la exposición de motivos de la Ley anuncia la equiparación de situaciones.

Sin embargo, debe decirse que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia recurrida, que rechazó la aplicación del artículo 2.3 de la Orden de 1967, que en modo alguno contemplaba el supuesto debatido ni reconocía el derecho pretendido. Cuando se ha recogido en el anterior fundamento jurídico la regulación de los supuestos de adopción a efectos del derecho de subsidio por maternidad, se ha podido ver que todo ese marco normativo forma un conjunto homogéneo, en el que no existen lagunas, sino regulaciones progresivas, cada vez más amplias, del derecho que se discute. Es cierto -como se afirma en la sentencia de contraste- que en la exposición de motivos de la Ley 13/1996 se indica que en ella "también se incluyen las medidas de protección a la familia. En este sentido, se modifica el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, de 24 de marzo de 1995, y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, a fin de equiparar los efectos de la filiación adoptiva a la natural, en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad." Y efectivamente es así en lo que a la adopción de menores de nueve meses se refiere, que pasa de suponer una suspensión del contrato de trabajo o permiso para el funcionario, de nueve semanas que preveía la Ley 3/1989 a dieciséis semanas, manteniéndose sin embargo la duración de seis semanas para la adopción de mayores de nueve meses y menores de cinco años, sin que se abordase la adopción múltiple simultánea. De este modo, ese pronunciamiento de la exposición de motivos ha de ponerse en relación con el propio sistema legal en su conjunto, que ya se anunció en la Ley 3/1989 que se abordaba con un tratamiento específico, y con el marco normativo completo, que ha venido suponiendo un paulatino avance en el ámbito del reconocimiento expreso de la equiparación total del subsidio por maternidad en caso de parto como en el de adopción, y más concretamente con la adopción múltiple simultánea, todo ello además, en normas con rango de Ley, que evidencian la voluntad del legislador de llevar a cabo esa extensión progresiva y no que se trate de una omisión involuntaria en la referida regulación.

No había por tanto laguna legal en la norma de 1996 que permitiese la aplicación analógica de las previsiones que para el parto múltiple se contenían en la Orden de 13 de octubre de 1967, que al no referirse expresamente a la adopción no resulta aplicable al caso aquí planteado. De este modo, la sentencia recurrida no infringió las disposiciones que se denuncian en el recurso, por lo que, tal y como solicita el Ministerio Fiscal en su informe, ha de ser

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TS ·

desestimado, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre costas.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D^a L., contra la sentencia de 15 de marzo de 2002 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en el recurso de suplicación núm. 1044/01, interpuesto por la aquí recurrente frente a la sentencia de 16 de noviembre de 2000 dictada en autos 689/99 por el Juzgado de lo Social núm.1 de Sevilla seguidos a instancia de D^a L. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre prestaciones por maternidad derivada de adopción múltiple. Sin que haya lugar a pronunciamiento sobre costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesús Gullón Rodríguez.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO A LA STS DE
5 DE MAYO DE 2003.

En esta sentencia el Tribunal Supremo tiene que resolver la contradicción entre dos resoluciones que ante un mismo supuesto de hecho realizan dos interpretaciones distintas de la norma aplicable, que da lugar a fallos divergentes. Un Tribunal Superior de Justicia (Aragón) reconoce el derecho a la prestación que se reclama, realizando una interpretación analógica de la Orden de 13 de noviembre de 1967, el otro Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social con sede en Sevilla) considera que no es aplicable y desestima la demanda de la recurrente. El Tribunal Supremo en unificación de doctrina, opta por esta segunda interpretación. Ambas interpretaciones son factibles, pero consideramos, con el debido respeto a las resoluciones judiciales, que el Tribunal Supremo podría haber realizado una interpretación extensiva de la norma aplicable más acorde con la

garantía del derecho. Pero cuando hablamos de normas de Seguridad Social, que implican el reconocimiento de un derecho de carácter económico, se ha producido un cambio en la tónica general de la jurisprudencia, que en los últimos tiempos está realizando interpretaciones más restrictivas. Esta línea argumental ha tenido como consecuencia inmediata aligerar la carga de las arcas públicas. Y no sólo se produce en materia de maternidad, sino también en la interpretación otras causas de incapacidad temporal o absoluta.

En el caso que nos ocupa, el supuesto de hecho es un acogimiento preadoptivo múltiple constituido el 26 de abril de 1999 -antes de la entrada en vigor de la Ley 39/1999-. Tras la constitución del acogimiento, la madre solicita prestación por maternidad, y se le concede por la administración con una duración de seis semanas. Sin embargo, la demandante consideró que al ser acogimiento múltiple, el periodo debería ser el doble, es decir, de 12 semanas, y recurre ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla, que desestimó su pretensión. Contra ésta resolución la demandante interpuso ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, recurso de Suplicación, que fue desestimado, confirmando la del Juzgado de lo Social. Sin embargo, este mismo supuesto de hecho había sido resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentido contrario, estimando la demanda, al realizar una interpretación y aplicación analógica del art. 2.3 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967. Es esta contradicción entre resoluciones lo que permite interponer el recurso para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

En esta Sentencia el Tribunal Supremo declara la irretroactividad de la Ley 39/1999, es decir, su inaplicación a supuestos de hecho realizados antes de su entrada en vigor. En efecto, la Ley 39/1999 no contiene una cláusula de retroactividad. Por lo tanto, las situaciones de acogimiento preadoptivo múltiple producidas antes de la entrada en vigor de la Ley 39/1999, se rigen por la normativa anterior. Pero, para Tribunal Supremo "de manera expresa no se regulan los supuestos de adopción múltiple hasta la entrada en vigor de ésta última Ley 39/1999". Al no existir regulación expresa, el Tribunal Supremo realiza una interpretación restrictiva de la normativa aplicable a los supuestos de acogimiento preadoptivo múltiple antes de la entrada en vigor de la Ley 39/1999, mientras que la doctrina ha entendido que la Orden de 13 de noviembre de 1967 ya reconocía este derecho⁵⁸, y en este caso, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

58. "En caso de parto, acogimiento o adopción múltiples, los beneficiarios de la prestación de maternidad, tenían el derecho reconocido en la normativa de Seguridad Social desde 1967, a un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo, igual al que les corresponde recibir por el primero durante el periodo de descanso obligatorio (recuérdese, de seis semanas), sin embargo, los múltiples e importantes cambios normativos que ha venido experimentando la regulación de la prestación de maternidad, hicieron dudar a la doctrina de la vigencia y alcance de este subsidio, incluso puede encontrarse jurisprudencia contradictoria a este respecto hasta que el Art. 11 del RD 1368/2000 sobre prestaciones de ayuda familiar por parto múltiple, reconoció la compatibilidad de ambas prestaciones." (Teresa PÉREZ DEL RÍO, "Comentario al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo", en Artículo 14. Una perspectiva de género, núm. 10, septiembre-2002, p. 14).

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TSJC ·

La interpretación y aplicación de las normas es una labor hermenéutica que puede realizarse utilizando distintos criterios, establecidos en el artículo 3 del Código civil, y que puede dar lugar a que una misma norma sea interpretada de distinto modo. En principio, todas las interpretaciones son válidas siempre que se extraigan del tenor literal de la norma, o que se deduzcan por la aplicación analógica de otra norma que, sin contemplar el supuesto de hecho específico, regula otro semejante, entre los que existe identidad de razón. De todas estas interpretaciones válidas sólo una se considera más adecuada para satisfacer los intereses que hay que tutelar en el caso concreto.

Sin embargo, las normas de interpretación del Código civil, se aprueban cuando no se ha formulado el concepto de ordenamiento jurídico, el código civil da criterios de interpretación de normas aisladas, aunque éstas deban ser interpretadas de manera sistemática, es decir, en relación con los principios generales de la institución que regulan⁵⁹. En 1999 las normas vigentes en nuestro Estado, se integran en el ordenamiento jurídico español, y el ordenamiento jurídico es algo más que un conjunto de normas, lo componen principios, valores, instituciones y relaciones jurídicas, que forman un todo, caracterizado, entre otras, por la nota de compleción, que quiere decir que aunque el ordenamiento jurídico no es completo, en el sentido de que regule todas y cada una de las situaciones fácticas que se puedan presentar,

si es completable, en el sentido de que producido este vacío normativo, el propio ordenamiento se dota de un sistema para integrar esa laguna, y uno de estos sistemas es la interpretación analógica de las normas⁶⁰. Por esta razón, cuando antes de 1999 la norma no contemplaba expresamente la prestación por acogimiento múltiple, se puede interpretar que el legislador no ha querido reconocer este derecho y, por lo tanto, los órganos jurisdiccionales no deben crear derecho reconociéndolo, pero al no existir una prohibición o exclusión expresa del legislador, se puede interpretar, también, que es una laguna del ordenamiento, y en este caso proceder a su integración, lo que ocurre es que en esa labor de integración el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ha entendido que el derecho debía reconocerse, y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el Tribunal Supremo justo lo contrario. Pero si tenemos en cuenta el fundamento y finalidad de las normas de protección de la maternidad de la mujer trabajadora, y la propia evolución legislativa de la materia, parece claro que el legislador ha querido proteger también estas situaciones. Por todo ello, las dos interpretaciones que hemos analizado son, desde mi punto de vista, conformes a derecho, pero una de ellas satisface mejor los intereses que se reclaman, la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, aunque, finalmente, prevalezca la decisión del Tribunal Supremo. (M^{ra}. DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ. PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, SALA DE LO CIVIL, DE 14 DE ABRIL DE 2003. PENSIÓN COMPENSATORIA A FAVOR DE LA ESPOSA.

STSJ CATALUÑA (SALA DE LO CIVIL), DE 14 DE ABRIL DE 2003.

PONENTE: EXCMO. SR. D. GUILLERMO VIDAL ANDREU

(...)

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan mas arriba, ha visto el recurso de casación núm. 105/2002 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18^a de

la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 298/01 como consecuencia de las actuaciones de separación matrimonial núm. 168/00 seguidas ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. 1 de Hospitalet de Llobregat. La Sra. J. ha interpuesto este recurso representada por la procuradora Sra. Cristina Ruiz Santillana y defendida por la letrada Sra. Lara Padilla Varela.

Es parte contra la cual se recurre el Sr. D., representado por el procurador Sr. Ildefonso Lago Pérez y defendido por el letrado Sr. José Miguel Cabré Puig de la Bellacasa.

59. La evolución de la interpretación de la norma a la interpretación del ordenamiento jurídico es un reflejo de la propia evolución del estado liberal al Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, M^{ra} Luisa BALAGUER CALLEJÓN, en su trabajo sobre la interpretación constitucional apunta, "la radical diferencia en la concepción de los procesos interpretativos que se da en el Estado legal y en el Estado constitucional de Derecho. Aquí cobra sentido la cuestión de qué aporta a la interpretación de las normas el modelo de Estado, y cómo ha de determinarse de forma distinta la aplicación del Derecho en uno u otro modelo. De la interpretación concebida como mera fórmula de determinación textual de una voluntad unívoca y homogénea (manifestación en última instancia de la soberanía del legislador), se pasa a la interpretación como combinación de principios, valores, y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del Derecho. De la interpretación de la ley a la interpretación del ordenamiento." (Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, Madrid, 1997, p. 25).

60. En este sentido Francisco BALAGUER CALLEJÓN, expone como a principios del Siglo XX, "La proliferación de huecos normativos en el ordenamiento exigía una revisión del dogma de la compleción (...), se produce un cambio de orientación, en el sentido de que la compleción no se considera ya un presupuesto o un punto de partida previo al proceso de interpretación y aplicación del Derecho y, por tanto, desde una perspectiva estática, sino como el resultado tendencial de un proceso y, por tanto, desde una perspectiva dinámica. El ordenamiento, en consecuencia, no es ya completo, sino completable." (Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, Fuentes del Derecho, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, p. 163).

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TSJC ·

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador de los Tribunales Sr. Francisco Javier Martínez del Toro, actuó en nombre y representación de la Sra. J. formulando demanda de separación conyugal núm. 168/2000 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Hospitalet de Llobregat. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 5 de febrero de 2001, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. Francisco Javier Martínez del Toro, en nombre y representación de Dª J. contra Don D., debo acordar y acuerdo la separación del matrimonio de los expresados, con todos los efectos legales inherentes y en especial los siguientes:

- 1.- La separación de los litigantes, pudiendo fijar libremente su domicilio.
- 2.- Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores de edad, C. y M., a Dª J., si bien la patria potestad continuará siendo de titularidad y ejercicio conjuntos del padre y de la madre.
- 3.- La vivienda familiar, sita en la CALLE000, núm.000, núm.001 núm.002, de L'Hospitalet de Llobregat, quedará en uso y disfrute de Dª J., y mientras dure la guarda sobre las hijas, pudiendo el otro cónyuge, retirar de la misma sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previa inventario.
- 4.- Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con las hijas el derecho de visitarlas, comunicar con ellas y tenerlas en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres, procurando el mayor beneficio de las hijas; y en caso de desacuerdo, y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos: tener consigo a las hijas menores los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo, en que deberá retornarlas al domicilio materno, y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, siendo para la esposa la primera mitad de los años pares y la segunda mitad en los años impares, y a la inversa para el esposo.
- 5.- En concepto de alimentos para las hijas menores, Don D. abonará a Dª J. la cantidad de doscientas diez mil (210.000) pesetas mensuales (105.000 pesetas por cada una de ellas), por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dicha cantidad será actualizada con efectos de primero de enero de cada año de acuerdo con la variación experimentada por el índice general de precios de consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.
- 6.- En concepto de pensión compensatoria Don D. abonará a Dª J. la cantidad de cuarenta mil (40.000) pesetas mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes.

Dicha cantidad será actualizada con efectos de primero de enero de cada año de acuerdo con la variación experimentada por el índice general de precios de consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que los sustituya.

- 7.- No procede acordar ninguna otra medida ni hacer expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Contra esta Sentencia, ambas partes interpusieron recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó en fecha 31 de julio de 2002, con la siguiente parte dispositiva: "Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don D. y desestimando el formulado por la representación de Dª J., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número uno de Hospitalet de Llobregat, en fecha cinco de febrero de dos mil uno, debemos revocar y revocamos la mentada resolución por lo que se refiere a las medidas relativas a la pensión alimenticia de las hijas y a la pensión compensatoria de la esposa, y en concreto: Se minora la cuantía de la pensión alimenticia de las hijas y a cargo del padre, quedando ésta fijada en la suma de mil doscientos dos euros (1.202 Euros) mensuales. Se mantiene la cuantía de la pensión compensatoria fijada en la sentencia impugnada a favor de la esposa y a cargo del marido, si bien se establece una limitación temporal de percepción de la misma, por un período de tres años, a computar desde la fecha de la resolución apelada. confirmando la sentencia de instancia en todos sus restantes pronunciamientos y efectos".

TERCERO.- Contra esta Sentencia, la procuradora Sra. Cristina Ruiz Santillana en nombre y representación de la Sra. J., interpuso recurso de casación que por auto de esta Sala, de fecha 16 de enero de 2003 se admitió a trámite y se dio traslado a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

CUARTO.- Por providencia de fecha 17 de febrero de 2003 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló la celebración de la votación y fallo que ha tenido lugar el día 31 de marzo de 2003 a las 10 horas de su mañana.

Se ha designado ponente al Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La labor de exégesis que tuvo que hacer esta Sala para indagar cuál era en realidad el motivo de casación -ex art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil- sirve

JURISPRUDENCIA · TSJC ·

ahora para dilucidar el fondo del recurso. En efecto, en el Auto de admisión del recurso, de fecha 16 de enero de 2003, la Sala tuvo que advertir a la parte recurrente que: "el recurso no cuida de expresar claramente el motivo en que funda su divergencia jurídica, lo que sería deseable en una correcta técnica procesal, pero un examen del contenido del escrito -que no tendría porqué hacer la Sala si no fuera por su interés en facilitar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los litigantes y el acceso a los recursos- evidencia que la parte recurrente discute la interpretación dada por la Audiencia al art. 41 del Codi de Família, Llei 9/1998, de 15 de julio, del Parlament de Catalunya...". Resulta, efectivamente, que los cuatro supuestos motivos de casación, no son tales en realidad. La parte recurrente alude, como primer motivo, a la cuantía del procedimiento; como segundo, al interés casacional; como tercero, al trabajo doméstico como requisito; y como cuarto, a la desigualdad patrimonial que genera enriquecimiento injusto como razón de ser del precepto. Como se ve, la parte confunde lamentablemente los requisitos de acceso casacional con los motivos de recurso, planteando dos primeros puntos que son, realmente, los que le permitirían -aunque sólo el segundo haya sido admitido por la Sala- vehicular el recurso de casación y otros dos que son los puntos de desacuerdo con la sentencia que se combate, olvidando consignar como motivo único de recurso la infracción del art. 41 del Codi de Família en la forma en que viene siendo interpretado por este Tribunal Superior (arts. 477.1 ya citado y art. 477.3, segundo párrafo). En cualquier caso, y admitido ya el recurso por Auto al que se ha hecho referencia, procede entrar en el fondo del mismo y analizar si, efectivamente, la sentencia dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona sigue o no la doctrina sentada por esta Sala en interpretación del artículo también aludido del Codi de Família.

SEGUNDO.- La sentencia deniega la compensación económica a D^o J. en base a una serie de consideraciones que deben ser reproducidas. Dice así la parte que interesa del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia: "...no consta en las actuaciones que la esposa haya contribuido de forma excepcionalmente gravosa a las tareas del hogar, más allá de lo que se entiende que es una contribución ordinaria (el art. 5 del Codi de Família, literalmente distingue entre la aportación propia al trabajo doméstico y la colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro). El art. 41 del Codi de Família -cual antes se ha apuntado- toma por base la existencia de un cónyuge que haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente (lo que en concordancia con los términos del art. 5 del Codi excluye el simple trabajo doméstico, y así viene enten-

diéndolo esta Sala, en sentencias de 20 de diciembre de 1999, 1 y 2 de marzo y 27 de diciembre de 2000 y 22 de marzo de 2001, entre otras), extensible a lo sumo a aquellas contribuciones en las tareas domésticas que excedieran de la ordinaria, como defienden algunos autores y esta Sección también admite, de forma que se haya generado un desequilibrio patrimonial al final del matrimonio, que sea como consecuencia de un enriquecimiento injusto (el cual, obviamente, no se da en el supuesto aquí enjuiciado)". (El subrayado es propio). Termina la argumentación afirmando que la inmensa mayoría de los bienes adquiridos constante matrimonio pertenecen en común y proindiviso a ambos cónyuges, que no hay enriquecimiento porque los bienes adquiridos por el cónyuge con mayores ingresos revierten en utilidad de ambos y que el hecho de que el marido haya desviado hacia su patrimonio fuertes sumas de dinero es cuestión ajena a la normativa que regula la peticionada compensación económica, debiendo ventilarse en juicio ordinario las relaciones crediticias entre cónyuges. La argumentación entera es insostenible. Ya en la sentencia de 27 de abril de 2000 declarábamos: "Poco importa, pues, a los efectos de la presencia de un verdadero desequilibrio económico resultante de la división patrimonial, que el trabajo doméstico haya sido mayor o menor, a tiempo completo o a tiempo parcial. Tales circunstancias, es obvio, tendrán su resultancia en la cuantificación de la pensión, pero nunca pueden tenerla en la declaración de existencia del desequilibrio injustificado, si éste efectivamente se da". La declaración se ha repetido más recientemente en sentencias de 10 de febrero y 26 de marzo de 2003. Y ello, no es más que la consecuencia de la esencia misma de esta compensación. Como se ponía de manifiesto en nuestra sentencia de 31 de octubre de 1998, "con motivo de la reciente discusión de leyes catalanas que afectan al régimen económico matrimonial, si bien un sector defendió a ultranza lo que se considera discutiblemente tradición jurídica catalana, otros autores, que unen a sus conocimientos históricos los que les proporciona el ejercicio profesional sobre la realidad cotidiana, han puesto de relieve que el régimen de separación proporciona una teórica igualdad jurídica a ambos cónyuges pero en la práctica suele perjudicar económicamente a la mujer, especialmente en los supuestos de ruptura matrimonial". En la sentencia se recordaba la Resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 en orden a arbitrar e introducir en las legislaciones de los Estados Miembros mecanismos de corrección en los regímenes legales matrimoniales para evitar posibles situaciones de desigualdad a la hora de su extinción. Y, finalmente, declaraba que el anterior art. 23 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya (redacción de la Llei 8/1993, de 30 de septiembre), antecedente inmediato del art. 41 del Codi de Família, "compensa desequilibrios pasa-

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA · TSJC ·

dos, corrige una situación de desigualdad patrimonial generada durante el matrimonio por mor de la dedicación de uno de los cónyuges a la casa o al trabajo del otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente". No existe, pues, el más mínimo dato argumental que permita sostener, en contra del cónyuge menos favorecido (y, generalmente, la mujer), que su contribución al matrimonio haya de ser extraordinaria o excepcionalmente gravosa para tener derecho a ser compensado por el otro cuando en la crisis matrimonial se produce un desequilibrio económico, como sostiene la Audiencia. La relación entre art. 41 y el 5.1, ambos del Codi, es artificial y sólo se sostiene por la literalidad de sus términos. La contribución a las cargas constante matrimonio y la equiparación económica en el momento de la crisis, obedecen a principios y finalidades distintas. La primera es propia del régimen de separación de bienes (significativamente, véase art. 1.438 del Código civil), la segunda es un correctivo del régimen, a aplicar en el momento de su disolución.

TERCERO.- Sentado lo anterior, resulta obligado revisar las bases que han conducido, junto a las consideraciones precedentes, a denegar la pensión compensatoria a la ahora recurrente. La sentencia recurrida afirma, como se ha dicho, que existe un capital común de los cónyuges, que los ingresos del marido han revertido en utilidad de ambos y que el desvío de fondos comunes por parte del marido debe ser examinado en otra clase de juicio. La sentencia, en este apartado, no tiene en cuenta lo que ha expuesto con anterioridad (Fundamento de Derecho Segundo), a saber: que Don D. percibió, en razón de despido, 6.756.072 pesetas; que tiene unos ingresos anuales superiores a los 6.000.000 de pesetas; que confiesa tener invertidos en Bolsa unos 15.000.000 de pesetas; que posee una Libreta a Plazo con unos 11.000.000 de pesetas; que tiene inversiones en Foncaixa y Argentaria y otros campos de negocio propios de telecomunicación y nuevas tecnologías, además de fondos en Planes de pensiones, cuenta vivienda y seguros de vida en Caixa de Catalunya; y que, finalmente, confiesa en juicio que " es cierto que hace cuatro años cambió el dinero o parte del dinero que estaba a nombre de su esposa y del confesante para ponerlo bajo su única titularidad, dado que ya las cosas del matrimonio no iban bien, con la intención de salvar ese dinero para poder hacer frente a la educación de sus hijas tanto en el colegio privado al que ahora van y el día de mañana a la universidad " (aspecto éste último que habría tenido que merecer la consideración de la sentencia, pues al atribuir al marido la pensión alimenticia de las hijas, en realidad, dicho pago se hace ahora con dinero común). Frente a este patrimonio probado del marido nada dice la sentencia del de la esposa. Se incumple, por tanto, lo que ya exigía nuestra sentencia de 27 de abril de 2000: "La Audiencia debió determinar, en primer lugar, si

existió una desigualdad económica a la hora de formar las masas patrimoniales como consecuencia de la disolución del matrimonio; en segundo lugar, si constata esa desigualdad, ésta se hallaba justificada". Nada de esto se ha hecho. Y así, hay que buscar los hechos probados y no contradichos de la sentencia de primera instancia para constatar que, frente al anterior patrimonio, D^a J. percibió una indemnización por despido de 1.175.000 de pesetas; que es titular de una cuenta en Caixa de Catalunya con 415.918 pesetas; de dos fondos de inversión que, a fecha 1 de junio de 2000, se valoraban en 4.848,67 euros el primero y 17.945,06 el segundo; que percibió en fecha 28 de diciembre de 2000, 2.534.355 pesetas procedentes de un seguro; y, finalmente, que desde el año 2000 presta servicios en una Parada del Mercado de Santa Eulalia, durante dos días por semana, percibiendo 4.000 pesetas diarias. A todo ello hay que unir que la Sra. J. se dedicó durante dieciséis años al cuidado del hogar y de las dos hijas fruto del matrimonio. No existe, en consecuencia, razón alguna que justifique el desequilibrio patrimonial que se ha hecho evidente y en razón a ello debe compensarse económicamente a la recurrente, revocando así la sentencia de instancia. En orden a cuantificar esa compensación, la Sala no tiene sino que atenerse a los términos que también se dejaron sentados en la repetida sentencia de 27 de abril de 2000 ("Entendemos que el restablecimiento del equilibrio patrimonial debe quedar al arbitrio del Juez o Tribunal al tenor de las pruebas practicadas en los autos, huyendo, pues, de fórmulas generalistas que, si aceptables en el marco académico, sólo servirían para encorsetar soluciones. Y claro es, siempre respetando el mandato legal contenido, en este caso, en el art. 23 de la repetida Llei de 1993 que se ha dejado transcrito, esto es, atendiendo a la incidencia familiar de la actividad del cónyuge que la reclama, la cuantía de la desigualdad patrimonial producida y otras circunstancias del caso") y, en el evento enjuiciado, atendido el desnivel patrimonial y el tiempo de dedicación de la esposa al hogar, se cifra en 42070,85 euros.

CUARTO.- De conformidad con el art. 398.2 de la LEC., no se hará expresa condena en costas.

Por todo lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

Debemos estimar y estimamos el recurso de casación entablado por la Procuradora de los Tribunales D^a Cristina Ruiz Santillana, en nombre y representación procesal de D^a J., contra sentencia de fecha 31 de julio de 2002 dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona en Rollo 298/01, apelación del juicio de separación matrimonial núm. 168/00 procedente del Juz-

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

gado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de L'Hospitalet de Llobregat; en su consecuencia, revocamos la misma en el sentido de otorgar a la recurrente una pensión compensatoria a cargo de su marido recurrido Don D. de 42070,85 euros, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Notifíquese la presente a las partes personadas y, con testimonio de la misma, remítanse el Rollo y los autos a la indi-

cada Sección.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Guillermo Vidal Andreu.- Antoni Bruguera i Manté.- Núria Bassols i Muntada.

PUBLICACIÓN.- Esta Sentencia se ha leído, firmado y publicado el mismo día de la fecha por el Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu designado ponente de estas actuaciones. Doy fe.

COMENTARIO A LA SENTENCIA 104/2003, DICTADA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS Y GENERO.

Desde la promulgación de la Constitución Española de 1978, se está produciendo un desarrollo normativo importante en materia de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, interdicción de la discriminación, y establecimiento de medidas positivas para acortar las distancias entre hombres y mujer en orden a la igualdad real.

Sin embargo, esa profusión normativa no sólo no está produciendo los resultados espectaculares que en algunos casos se preveían, sino que algunos sectores jurídicos que siguen interpretando las normas con criterios de dogmática jurídica basada en la jurisprudencia de conceptos, sin tener en cuenta los aspectos valorativos de las situaciones concretas.

Por jurisprudencia de conceptos se entiende en la dogmática jurídica, la posición interpretativa que pretende una lectura absolutamente aséptica del precepto, que por su claridad permite la aplicación sin ninguna actividad interpretativa que condicione la aplicación de esa norma. Es una respuesta al axioma "in claris non fit interpretatio", que cuándo se oscurece el sentido de la norma, puede utilizar los métodos interpretativos que contribuyan a clarificarla. Estos métodos son el histórico, el gramatical, el teleológico y el contextual. Fuera de esta técnica, el operador jurídico se habría excedido en su función interpretativa.

Desde la promulgación de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha sustituido la jurisprudencia de conceptos por la jurisprudencia de valores o intereses. Se atiende así al propio sentido de nuestra Constitución, que es una Constitución valorativa, y por lo tanto, la interpretación de las normas jurídicas ha de atender antes que nada a los propios valores de la Constitución.

Sin embargo, este cambio, que es tan importante para la

protección de los colectivos socialmente débiles, no acaba de ser entendido por la jurisdicción ordinaria, que permanece en esa actividad interpretativa tradicional basada en la letra de la ley, y ateniéndose además en esa letra a la doctrina tradicional y a ese sentido previamente fijado por ella, algunas veces desde antes de la promulgación de la Constitución.

Los resultados de esta actividad interpretativa muchas veces producen un importante escándalo en la opinión pública, acostumbrada ya a demasiados resultados contraproducentes en algunas operaciones jurídicas que, basadas en esa jurisprudencia puramente conceptual, sin tener en cuenta los valores constitucionales, llegan a conclusiones contrarias a algunos derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, con tal de encontrar satisfacción dogmática y no apartarse del camino trazado por la actividad judicial previa, que ha venido manteniendo una línea doctrinal ignorante de estos valores.

La Sentencia 104/2003 dictada por la Audiencia Provincial de Granada en apelación de un procedimiento en el que el condenado, médico forense, había cometido un delito de ABUSOS DESHONESTOS contra pacientes a las que debía peritar en sus eventuales lesiones derivadas de procedimientos judiciales. Prevaliéndose de su condición profesional, obligaba a las denunciantes a desnudarse y las sometía a todo tipo de vejaciones y abusos sexuales hasta que estas mujeres interpusieron denuncia contra él. La sentencia de instancia, en un entendimiento razonable de la situación condena a la pena accesoria de inhabilitación para su cargo.

La Sentencia citada revoca la pena impuesta de inhabilitación en base a que no hay una tipicidad clara en relación con el tipo de delito cometido. Y aquí es donde viene la lógica contrapuesta entre una jurisprudencia de

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

conceptos y una jurisprudencia de intereses. La supresión de inhabilitación, y por tanto la "rehabilitación" para que el médico siga realizando sus funciones después de los actos que han quedado probados en sentencia, ¿Cómo se puede conciliar con el derecho a la tutela judicial efectiva, con el derecho a la integridad física y moral de las mujeres que se van a exponer a su exploración, con el derecho que esas mujeres tienen a ser tratadas por un profesional sin sufrir una agresión sexual?. Y la razón de esa interpretación de la norma pretendidamente está en que no se puede realizar una interpretación extensiva de los tipos penales, y la ley penal ha interpretarse restrictivamente por ser el derecho penal la última ratio del derecho.

Todas estas categorías jurídicas previas a la Constitución y que mostraron su utilidad como criterios interpretativos garantes de los derechos de los procesados, ahora, después de la promulgación de la Constitución, han de conciliarse con el haz de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, y si no se hace así, mal sirve la jurisprudencia a los valores constitucionales.

Las consecuencias de la interpretación conceptual, por otra parte, siempre las suelen sufrir los grupos socialmente más marginados, porque son los que más debilidad muestran dentro del sistema judicial para acceder al aparato de la justicia y a una defensa técnica de más calidad. La jurisprudencia de valores, en la medida en que exige a los operadores jurídicos entrar en los campos de valor en los que se producen las resoluciones judiciales, tutela mejor los derechos de los débiles porque obliga siempre a valorar el impacto de esas resoluciones. En este caso necesariamente los jueces que han resuelto que un acosador sexual siga explorando a mujeres, deberían haber valorado las consecuencias que puede tener para la integridad física y moral de esas mujeres una situación de esta naturaleza. E incluso, por encima de los intereses de las propias mujeres, para el sistema judicial en su conjunto, no resulta muy adecuado que un forense, llamado por la ley a evaluar las lesiones, las produzca y las pueda en un futuro seguir produciendo. Como política preventiva, no es lo más edificante. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

AUTO DE CUATRO DE SEPTIEMBRE DE 2003, DICTADO POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.º UNO DE LOS DE LA CAROLINA (JAÉN) Y SU PARTIDO. ORDEN DE PROTECCIÓN DE MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA.

(..)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron por este Juzgado en virtud de Atestado n.º 49/03 instruido por el Puesto de la Guardia Civil de Santa Elena contra — sobre unos presuntos malos tratos en el ámbito familiar, dando lugar, por Auto de fecha 2/9/03, a la incoación del correspondiente Juicio de Faltas n.º 163/03 y señalándose la celebración de la vista para el día 3/9/03, si bien por auto de idéntica fecha se acordó dejar sin efecto la anterior resolución y continuar la tramitación de la presente causa y su instrucción como Diligencias Previas y la práctica de diversas diligencias de prueba e investigación. .

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 544 tercero de la L.E.Cr. se celebró la audiencia prevista legalmente con la presencia de la víctima, — ; el agresor, — , asistido de su Letrado, y el Ministerio Fiscal, en la que se procedió a oír a las respectivas partes, sus alegaciones y pretensiones sobre la solicitud de la orden de protección de víctimas de violencia doméstica interesada por — , dándose tales extremos aquí por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con el apartado anterior, se celebró la audiencia prevista legalmente con la presencia de la víctima, el agresor, asistido de su Letrado, y el Ministerio Fiscal. En dicha audiencia, — interesó se acogiese la solicitud de la orden de protección de víctimas de violencia doméstica, con la adopción de las siguientes medidas: que el agresor no se comunicase y aproximase durante cierto tiempo; que la guardia y custodia de sus hijos le fuera atribuida, siendo compartida la patria potestad. Que se le permitiese retirar del domicilio familiar los efectos y enseres personales y los de sus hijos, toda vez que se encontraba residiendo en el domicilio de sus padres, debido a los malos tratos de que era objeto. Y, para el supuesto de establecerse un régimen de visitas a favor del padre, que los hijos menores del matrimonio sean recogidos y devueltos por los abuelos paternos del domicilio donde se encontrase la madre.

El Ministerio Fiscal interesó se adoptase la medida de no comunicación y alejamiento del agresor respecto de la víctima. Que la guarda y custodia de los hijos menores

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

del matrimonio le fuera atribuida a la madre, siendo compartida la patria potestad. Que la vivienda familiar le fuera conferida a la esposa y madre, pudiendo retirar el esposo sus efectos personales. Que se establezca una pensión por alimentos a favor de los hijos menores del matrimonio en 100 euros mensuales. Igualmente que se estableciese un régimen de visitas a favor del esposo todos los Domingos semanales desde las 11:00 horas de la mañana hasta las 20:00 horas del mismo día, siendo recogidos y entregados dichos menores por los abuelos paternos y ejerciéndose dicho derecho de visita en el domicilio de los mismos.

Los gastos extraordinarios que pudieran derivarse de tales menores serían sufragados por mitad. Y, por último, que se estableciese una ayuda económica por parte de la Administración Pública y a favor de la víctima.

El Letrado del agresor mostró su conformidad al respecto sobre tales medidas, a excepción del régimen de visitas, interesando su ampliación al Sábado igualmente de cada semana.

SEGUNDO.- Del examen de las alegaciones de las partes en la comparecencia, en atención a los hechos denunciados y solicitud interesada, se deduce la quiebra de la unión conyugal, debido a las frecuentes desavenencias y continuas confrontaciones, que ha hecho desaparecer cualquier sentimiento de respeto y afecto y que ha desembocado en poderse apreciar la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito de malos tratos en el ámbito doméstico, existiendo a tal efecto una situación objetiva de riesgo para dicha víctima, ———, por parte de su marido, ——— — que requiere la adopción de las medidas que a continuación se señalarán, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 544 bis y 544 tercero de la L.E.Cr.

En este sentido, a la vista de las medidas de naturaleza civil, penal y social interesadas y a las que ha mostrado su conformidad el presunto agresor, a excepción de la ampliación del régimen de visitas, dada la mayor protección, interés y salvaguarda que debe prestarse a los hijos menores fruto del matrimonio en el presente caso, es procedente el acogimiento de la solicitud interesada y la adopción de las medidas cautelares que se precisarán en la parte dispositiva de esta resolución.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

SE ACUERDA: Acoger la solicitud de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica interesada por ——— y la adopción de las siguientes medidas cautelares:

1º) La prohibición de ——— de aproximarse a la víctima y comunicarse con ella, de cualquier modo y manera, a un radio no inferior a 200 metros y por periodo de tiempo, para ambas prohibiciones respectivamente, de treinta días.

2º) La guardia y custodia de los hijos menores del matrimonio será atribuida a la madre, siendo compartida la patria potestad.

3º) Se atribuye a la esposa y madre el uso y disfrute de la vivienda familiar, en compañía de sus hijos menores, pudiendo el esposo retirar sus efectos y objetos personales en el término de 5 días, debiendo ser acompañado para tal fin por parte de Agentes de la Autoridad, todo ello sin perjuicio de poder seguir residiendo dicha esposa en el domicilio de los abuelos maternos.

4º) En concepto de pensión de alimentos a favor de los hijos menores del matrimonio deberá contribuir el esposo y padre con la cuantía de 100 euros mensuales, que será ingresada en la cuenta que designe la esposa y será revisable conforme a los índices del IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya.

5º) En cuando al régimen de visitas a favor del padre se establece el siguiente: todos los Domingos de cada semana desde las 11:00 horas hasta las 19:00 horas del mismo día, debiendo ser recogidos y entregados los menores por los abuelos paternos en el domicilio de la madre. Dicho derecho de visitas será ejercido por el padre en el domicilio de los mencionados abuelos paternos y a su presencia.

6º) Los gastos extraordinarios que pudieran derivarse por el cuidado, atención, educación o sanidad de tales hijos menores serán sufragados por mitad y por ambos progenitores.

7º) La esposa y madre tendrá derecho a una ayuda específica denominada renta activa de inserción, sin perjuicio de poder percibir en un pago único una ayuda suplementaria de tres meses de renta activa de inserción a partir del día siguiente a aquel en que se solicitase, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1, 2, 6 y demás concordantes del R.D. 945/03 de 18 de Julio, por el que se regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y de dificultad para encontrar empleo.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia que resulte competente.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, bajo las advertencias y apercibimientos legales.

Comuníquese la presente resolución para su cumplimiento y observancia al Ayuntamiento de La Carolina y al Ayuntamiento de Santa Elena, así como a la Policía Local y Guardia Civil de ambas localidades, y, por último, a la Delegación del instituto Andaluz de la Mujer en Jaén; SAVA en

Jaén; Delegación del INEM y Delegación de la Consejería de Asuntos Sociales en dicha ciudad y Fiscalía de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Jaén.

Así lo acuerda manda y firma Don Jose Raul Calderon Peragon, Juez del Juzgado de Instrucción nº 1 de La Carolina (Jaén) y su partido judicial.

Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado, doy fe.-

COMENTARIO AL AUTO DICTADO POR EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE MÁLAGA. ORDEN DE PROTECCIÓN. DE 11 DE AGOSTO DE 2003.

Es indudable que la violencia contra la mujer en la pareja (la que habitualmente denominamos como "violencia doméstica") constituye un problema social de primera magnitud. Las estadísticas así lo vienen a poner de manifiesto en una escalada, que lejos de disminuir, aumenta cada año en una progresión interrumpida desde 1997. Así, de acuerdo con los datos ofrecidos por el Instituto Andaluz de la Mujer, hasta agosto de este año se habían presentado más de 24.000 denuncias por violencia doméstica en toda España, mientras que el número de mujeres muertas a manos de sus parejas o ex parejas alcanzaba la cifra de 54 (dato actualizado a 2/10/03).

Si además tenemos en cuenta que se estima que sólo se denuncia entre el 5 y el 10 % de los casos de malos tratos de que son víctimas las mujeres, todo ello debería darnos una idea de cuál es la dimensión real de este problema.

Un problema complejo al que el se trata de dar respuesta desde el ordenamiento jurídico. Con este propósito de ofrecer una solución jurídica al problema de la violencia doméstica buscando su erradicación se están produciendo en los últimos tiempos numerosas reformas legislativas, especialmente de carácter penal y procesal. Entre éstas cabe destacar la reciente reforma del delito de *malos tratos habituales* y la nueva regulación de las *lesiones* en el ámbito doméstico, que a partir de ahora tendrán, en todo caso, la consideración de delito, eliminándose así en este ámbito la falta de lesiones⁶¹, que era la figura delictiva por la que se tramitaban la mayoría de los procedimientos penales rela-

tivos a violencia doméstica, con la consiguiente menor penalidad y la sensación de impunidad que rodeaba a estas agresiones⁶².

Junto a la anterior reforma de carácter penal cabe destacar otra de índole procesal, dirigida a mejorar los mecanismos de protección ofrecidos a las víctimas de violencia doméstica. Nos estamos refiriendo a la denominada *Orden de protección a las víctimas de violencia doméstica*, incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 27/2003, de 31 de julio⁶³.

En ella se diseña un procedimiento judicial que presenta como elemento más destacado el de unificar en un solo órgano jurisdiccional –el Juzgado de instrucción– la adopción de todas aquellas medidas cautelares previstas en el ordenamiento jurídico para proteger a las víctimas de malos tratos. Medidas que pueden ser no sólo penales, tales como la prohibición de aproximarse a la víctima, sino, además, de naturaleza civil, entre las que se encuentran, por ejemplo, la adjudicación del domicilio conyugal, la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, el régimen de visitas y lo que corresponda en relación con la pensión de alimentos a favor de los hijos menores. Además, en cuanto víctima de la violencia doméstica, podrá ser beneficiaria de la denominada "renta activa de inserción", regulada en el Real Decreto 945/2003, de 18 de julio.

Como puede observarse, la Orden de protección acordada

61. Reformas contenidas en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

62. De acuerdo con los datos contenidos en el Informe sobre el tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia, elaborado por la Universidad de Zaragoza para el Consejo General del Poder Judicial y recogidos en el Informe de la Ponencia sobre la erradicación de la violencia doméstica, constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer, aprobado en la sesión celebrada por ésta el día 5 de diciembre de 2002, la mayoría de las denuncias por violencia doméstica se tramitan como faltas y terminan con multas irrisorias de menos de un mes en más de un 70 por ciento de los casos; a su vez, más del 50 por ciento de los procedimientos que se han seguido como juicios de faltas deberían haberse instruido como delito; mientras que el índice de absoluciones es mucho mayor en los Juzgados de Instrucción, que resuelven las faltas, que en los de lo Penal, encargados de enjuiciar los delitos. Precisamente este escaso índice de condenas por faltas es la causa de esa sensación generalizada de impunidad por ausencia de condenas en los casos de violencia doméstica.

63. El texto de la misma puede consultarse en el número.

ARTÍCULO 14

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

por el Auto dictado por el Juzgado de primera instancia e instrucción número uno de los de La Carolina (Jaén) y su partido, de cuatro de septiembre de dos mil tres, constituye una buena muestra al respecto, ya que en ella el Juez adopta todo un amplio conjunto de medidas protectoras de la mujer víctima de los malos tratos.

Además, y en aras de lograr una eficaz protección de la víctima de malos tratos para lo que lo cual el *tiempo* juega un papel determinante, para que el Juzgado de instrucción pueda acordar esta orden de protección basta con que existan *indicios fundados* de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de la víctima, resultando una *situación de riesgo* para la misma.

En todo caso y destacando la valoración sin duda positiva que nos merece esta regulación legislativa, lo cierto es que sigue siendo necesario afrontar este problema de una manera global e integral a través de una Ley Integral de la Mujer y contra la Violencia de Género, que establezca con carácter estatal el marco -no sólo jurídico, sino también educacional, asistencial, sanitario, etc.- comprensivo de este

fenómeno; y no, como se viene haciendo hasta ahora, mediante sucesivas reformas parciales, unas veces del Código Penal, otras del Código Civil, y en otras ocasiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por otra parte, no podemos olvidar que para que la protección otorgada mediante esta "Orden" sea realmente eficaz y sirva para lo que se pretende, no basta con la adopción por parte del juez de tales medidas, sino que resulta imprescindible garantizar que lo acordado por el juez se cumple, en especial, la prohibición del agresor de acercarse a la víctima, para lo que se necesitan medios económicos y efectivos policiales destinados específicamente a velar por el cumplimiento del alejamiento del agresor. Una orden de protección que no ve adecuadamente garantizada su ejecución supone de *facto* perpetuar la situación de inseguridad en la que se encuentran normalmente las mujeres víctimas de violencia doméstica, que incluso se puede ver incrementada al proporcionar a la mujer una sensación de seguridad que resulta ser falsa, con el consiguiente riesgo potencial para su vida e integridad física. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ. PROFESORA TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

ARTÍCULO 14

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

STS de 1 de septiembre de 2003, Sala de lo Civil. Impugnación de la filiación paterna-matrimonial. Señala el TS que, en materia de filiación, de acuerdo con los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial. En este sentido, entiende que el plazo de un año previsto en el art. 136 del Código civil para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad atribuida ha de computarse a partir de que el padre tuvo conocimiento de que su presunta paternidad no se correspondía con la verdad biológica.

STS de 11 de marzo de 2003. Valoración de la negativa de la madre a que la hija menor se someta a prueba biológica de paternidad. El TS reitera su doctrina acerca del valor probatorio que cabe atribuir a la negativa a someterse a la prueba biológica en orden a determinar la filiación: no se trata de una "ficta confessio" que implique "per se" la declaración de paternidad, sino que, unida a otras pruebas, a otros indicios o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Es decir, el demandado no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias; someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba y probar que no es el padre, desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa. Recuerda, además, el TS la doctrina del TC establecida en su STC 7/1994: "Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probado por otros medios,

ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24-1, 14 y 39 de la Constitución Española, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación". Pues bien, en esta ocasión, el TS aplica esta doctrina a un supuesto en el que es la madre demandada la que, a pesar de reconocer que el demandante podría ser el padre de la hija menor, se niega a la práctica de la prueba biológica en orden a determinar tal filiación. Esta negativa, unida a los demás elementos probatorios, lleva al TS a desestimar el recurso interpuesto por la madre frente a la sentencia que había declarado probada la filiación extramatrimonial del demandante.

Auto de 11 de agosto de 2003, dictado por el Juzgado de Instrucción número Uno de Málaga. Orden de protección a víctima de violencia doméstica. Tras estimar que existen indicios de la comisión por el denunciado de sendas faltas de malos tratos y vejaciones injustas contra la denunciante y una situación de riesgo para la misma, el Juzgado de Instrucción estima la solicitud de orden de protección formulada por la mujer contra su marido, adoptando las siguientes medidas: la prohibición de que el marido denunciado se aproxime o acerque en cualquier forma a su esposa, la denunciante, por un período de seis meses; y la atribución de la guarda y custodia de la menor, a la madre, con suspensión cautelar de las visitas del padre a la misma. Se recuerda que las medidas de carácter civil contenidas en esta orden de protección, tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuere incoado a instancias de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda, y en este término deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia competente.

ARTÍCULO 14

NOTICIAS

El Instituto Andaluz de la Mujer ha publicado la Guía para la aplicación de la Ley 35/1995 de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, en el marco de la medida 7 del Plan de Acción del Gobierno Andaluz contra la violencia hacia las mujeres, 2001-2004. Estamos ante una herramienta de orientación y consulta para afrontar los procedimientos necesarios en el reconocimiento de las ayudas. Entre los contenidos de la Guía se encuentran: Las disposiciones legislativas, un detallado glosario de los términos jurídicos básicos utilizados en la ley, formularios jurídicos y un amplio directorio de los puntos de información donde las víctimas pueden solicitar asesoramiento y atención. La presentación y difusión de la Guía se ha realizado a través de envíos a los operadores jurídicos, además el día 4 de noviembre de 2003, en Granada, se organizó una Jornada de Debate que ha recogido las reflexiones de expertas juristas sobre la regulación de la Ley 35/95, los procedimientos para su aplicación y su necesaria modificación.

De acuerdo con los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial, desde el 2 de agosto –fecha de entrada en vigor de la Ley reguladora de la orden de protección a las víctimas de violencia doméstica- hasta el 31 de octubre, los jueces han concedido en toda España 3044 órdenes de protección, del total de 4043 solicitadas, lo que supone el 75% de las peticiones.

El BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003 publica la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

Por su parte, en el BOE núm. 283, de 26 de noviembre, se publica 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. Esta Ley Orgánica supone una extensa reforma del Código Penal, tanto de su parte general como de la especial. Por lo que se refiere a la primera, esta modificación legislativa afecta al régimen de penas y su aplicación, y entre las reformas introducidas destacan las siguientes: la duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses; se establece en cinco años la duración de la pena que permite

distinguir entre la grave de prisión y la menos grave; se suprime la pena de arresto de fin de semana; se introduce la pena de localización permanente con la finalidad de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos; se modifica el delito continuado; se amplía la duración máxima de la pena de privación del derecho a la tenencia de armas, que pasa de 10 a 15 años; y se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento. Se establecen por separado las tres modalidades existentes en la actualidad, con el fin de que se pueda imponer la que corresponda 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. Y, por último, se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos. Esta misma reforma se hace en la regulación de la medida de seguridad equivalente. Por lo que se refiere a la parte especial del Código Penal, las modificaciones afectan a diversos delitos, entre ellos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Así, se modifican los artículos 179 (delito de violación), 182, apartado 1 (abuso sexual) y 183, apartado 2 (abuso sexual de mayor de trece años y menor de dieciséis), con el objeto de incluir expresamente dentro del ámbito de aplicación de estos delitos la introducción de miembros corporales y no sólo de objetos, como sucedía antes de la reforma. Asimismo se modifica la pena prevista en el delito de acoso sexual (artículo 184) al haberse suprimido la pena de arresto de fin de semana, siendo sustituida por la pena de prisión por un periodo de tiempo que oscila entre los tres y cinco meses (apartado 1 del art. 184) y los cinco y siete meses (apartados 2 y 3 del art. 184).

El Tribunal Supremo ha condenado al Estado como responsable civil subsidiario por la muerte de Antonia Sánchez, asesinada por su ex marido miembro de la Guardia Civil, el mes de mayo de 2001, ratificando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

ARTÍCULO 14**NOTICIAS**

Andalucía (publicada en el número 12 del Boletín Artículo 14). El Instituto Andaluz de la Mujer, que ha participado activamente en la defensa de los derechos de la familia de Antonia Sánchez ha expresado su satisfacción por la sentencia del Tribunal Supremo ya que es la primera vez que el Estado es declarado responsable civil subsidiario en la muerte de una mujer por violencia de género cuando el agresor es miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y marca un precedente que sin lugar a dudas será

importantísimo para la defensa de las mujeres víctimas de violencia. La sentencia, que supone un avance en el posicionamiento y concienciación de los tribunales frente a la violencia de género, sirve para aseverar la dimensión de problema de Estado que suponen los malos tratos que sufren las mujeres, una dimensión que el IAM da a esta lacra social y para la que se lleva años pidiendo una Ley Integral al Gobierno Central con el objetivo de tener una herramienta jurídica que sirva para erradicar los malos tratos.