

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 12 • MAYO DE 2003

DOCTRINA

- El Tráfico Sexual de Mujeres.

LEGISLACIÓN

- La Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Subsidios de incapacidad temporal, embarazo y maternidad.
- Ley Foral del Gobierno de Navarra, de 28 de noviembre, de Fomento de la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres.
- Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos de la Generalitat Valenciana.

JURISPRUDENCIA

- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Despido discriminatorio.
- Discriminación por razón de sexo. Despido de trabajadora embarazada.
- Disolución de la convivencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal, indemnización a la mujer.
- Pensión de viudedad en los supuestos de matrimonio gitano.
- Ayuda para guardería para el personal masculino ATS.
- Responsabilidad civil subsidiaria del Estado en un caso de violencia de género.



Instituto Andaluz de la Mujer
CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA

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:
Pilar Álvarez
Maquetación:
Magenta, S.L.
Imprime:
Tecnographic
Dep. Legal:
SE-2460-01

Sumario:

PRESENTACIÓN

Teresa Jiménez Vilchez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

El Tráfico Sexual de Mujeres.
María Luisa Maqueda Abreu.
Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada 4

LEGISLACIÓN

Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y de maternidad 12
Ley Foral del Gobierno de Navarra 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 14
Decreto 3/2003, de 21 de enero, del Consell de la Generalitat, por el que se crea el Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos de la Generalitat Valenciana 16

JURISPRUDENCIA TC

Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2003, de 20 de enero de 2003. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y anulación, para restablecer a las trabajadoras en sus derechos, por despido discriminatorio 21
Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2003, de 30 de enero de 2003. Discriminación por razón de sexo, despido de trabajadora embarazada 29

JURISPRUDENCIA TS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2003. Disolución de convivencia en relación de afectividad análoga a la conyugal 37

JURISPRUDENCIA TSJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de noviembre de 2002. Denegación de pensión de viudedad en los supuestos de matrimonio gitano 42
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 445/2002, de 21 septiembre. Ayuda para guardería para el personal masculino ATS 46
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 1, de 13 de enero de 2003. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado en un caso de violencia de género 52

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES 61

NOTICIAS 63

PRESENTACIÓN

En los últimos diez años, se ha venido constatando –en gran parte como consecuencia de la ruptura de las relaciones de pareja– cómo un mayor número de familias queda a cargo de las mujeres, correspondiéndoles a ellas afrontar en solitario el cuidado y la educación de las hijas e hijos.

Efectivamente, de acuerdo con los datos del Consejo General del Poder Judicial, en los Juzgados de Familia y en los de Primera Instancia de Andalucía, en el año 2001, se instruyeron 11.004 separaciones. En la mayoría de estos procedimientos, se derivaron responsabilidades económicas de uno de los cónyuges con respecto al otro, normalmente la mujer, y que engloban tanto pensiones de alimentos como compensatorias. Estas pensiones constituyen un derecho de las personas beneficiarias y su incumplimiento entra en la consideración de delito. Sin embargo, la práctica pone de manifiesto que un número muy elevado de ellas son impagadas sistemáticamente, obligando a las mujeres a soportar largos procesos judiciales para hacerlas efectivas.

El incumplimiento del pago de las pensiones establecidas en las resoluciones judiciales constituye una manifestación más de la violencia de género. Las mujeres se ven abocadas al empobrecimiento económico y sienten aún más limitadas sus oportunidades de desarrollo personal y profesional. A la problemática del cuidado y dedicación personal a los hijos e hijas, una tarea que en nuestra sociedad no está suficientemente valorada, a las dificultades para integrarse en el mercado laboral, con la consiguiente necesidad de compaginar vida familiar y laboral, se añade –para estas mujeres– la imposibilidad de contar con las cantidades mínimas que cubran las necesidades de los menores.

El mandato constitucional encomienda a los Poderes Públicos asegurar la protección económica de las familias, y –desde el Derecho Civil y Penal– se han venido articulando medidas legales para reforzar el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias y compensatorias. Actuaciones que resultan insuficientes y que nos obligan a llamar la atención sobre las graves consecuencias que se derivan del incumplimiento de estas obligaciones.

El Instituto Andaluz de la Mujer, en el ámbito de sus competencias, ha puesto en marcha un Servicio de Atención Jurídica e Intervención Procesal para aquellas mujeres víctimas de violencia que no perciben las pensiones alimenticias y compensatorias. Un sistema que garantiza la asistencia legal especializada en los procesos judiciales de impago, para que –atendiendo a los derechos de las beneficiarias– el cobro de las pensiones se haga efectivo lo más rápido posible. A tal fin, se actúa tanto en la vía civil, para que sea ejecutada la resolución que establece la pensión, como en la vía penal, presentando la que-rella criminal correspondiente.

Porque nos encontramos ante un problema social que afecta fundamentalmente a las condiciones de vida de estas familias y ante una situación de desigualdad y discriminación hacia las mujeres.

Teresa Jiménez Vílchez

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

DOCTRINA

EL TRÁFICO SEXUAL DE MUJERES

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada

I

En 1999, con motivo de una polémica reforma acerca de los delitos sexuales, se incorporaba por primera vez a nuestro Código penal una regulación autónoma incriminadora de las conductas de tráfico de personas con el fin de su explotación sexual. La exposición de motivos de aquella ley 11/1999, de 30 de abril, justificaba la introducción de esta nueva figura penal invocando la Acción Común adoptada en 1996 por el Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños¹.

Conforme a la orientación propuesta por esta iniciativa europea acerca del concepto de trata, el actual artículo 188,2 Cp., castiga con penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que *"directa e indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima"*.

El antecedente más próximo de este precepto en nuestra legislación penal había sido el antiguo art. 452 bis) a), cuya referencia al tráfico sexual de personas se expresaba a través de una fórmula vaga e imprecisa de punición indiscriminada de cualesquiera conductas de "cooperación" y "protección" de la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su "recluta" para la misma, sin exigencia adicional de forma alguna de coacción o abuso de la libertad sexual ajena². Seguramente esa fue la razón por la que el legislador penal de 1995, en su afán de liberar de pena los casos de favorecimiento del ejercicio consentido de la prostitución³, omitió de forma definitiva esa previsión sin reparar en el vacío de punición que provocaba con ello. Y precisamente en cuanto a comportamientos muy graves y de una lamentable actualidad -los de explotación sexual de seres humanos por parte de redes organizadas de trata internacional-, respecto de los que, además, existía ya entonces una conciencia generalizada y compartida de seria preocupación social e institucional⁴.

La jurisprudencia más reciente daba cuenta ya entonces de la realidad de esas situaciones. Su descripción era coincidente en la mayoría de los casos porque la dinámica comisiva de las conductas de trata se mantiene a menudo invariable. Se trata de organizaciones, de estructura más o menos compleja, que con afán de lucrarse contactan y reclutan mujeres de nacionalidad extranjera (dominicana⁵, colombiana⁶, panameña, ucraniana⁷, húngara⁸ o checa⁹ ...) de entre los más humildes estratos sociales, aprovechándose de la difícil situación económica y la falta de empleo en su país, con el reclamo de que en España podrán trabajar (en el servicio doméstico, cuidando niños, en un supermercado o como recepcionistas o camareras de un hotel ...) y obtener unos ingresos que les permitirán atender sus necesidades y las de su familia. Con frecuencia, alguna persona próxima a ellas ofrece su casa u otros bienes como garantía y el intermediario proporciona por su parte billete de avión, a veces pasaporte o visado y una determinada cantidad de dinero para poder acreditar su condición de turistas en nuestro país. Llegadas al aeropuerto, se ven privadas de ese dinero, se les retiene el pasaporte y se les conmina al pago de desorbitadas sumas (desde un millón o algo menos¹⁰ hasta seis o más millones¹¹...), obligándoles, para poder sal-

1. Sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea (art. 31 en la nueva numeración del Tratado de Amsterdam) (DO C 19 de 23.1.1999, p.1) A ella siguió otra Acción Común, de 24 de febrero de 1997 del Consejo de la UE.(DO L 63 de 4.3.1997, p.2) que define la trata como "un grave atentado contra los derechos fundamentales y, en particular, contra la dignidad humana". Sobre estas y otras iniciativas, ampliamente De la Cuesta Arzamendi, J.L. "Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos" en VARIOS, Delitos contra la libertad sexual. Consejo General del Poder Judicial n° 21, 1999, pp. 326 ss. y 356 ss. Posteriormente deben tenerse en cuenta las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, las del Consejo Europeo de Sta. María da Feira de 19 y 20 de junio de 2000 y, más recientemente, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 sobre el que se volverá más adelante.

2. Críticamente, por esa razón, DIEZ RIPOLLÉS, J.L. "La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma", Bosch, Barcelona, 1985, p.175. La doctrina era consciente, con todo, de que "los casos habituales" eran aquéllos en que el sujeto pasivo era víctima de "un error, amenaza o coacción". Por todos, RUIZ ANTÓN, L.F. en VARIOS, "Código penal comentado", Akal, Madrid, 1990, p.836.

3. Véase mi artículo "Prostitución de las mujeres y control: una relación controvertida", Análisis del Código penal desde la perspectiva de género, Emakunde, Bilbao, 1998, pp.161 ss.

4. Destacaba la necesidad de reparar ese vacío legal con un precepto que regulara la trata de seres humanos para fines sexuales, DIEZ RIPOLLÉS, J.L. "Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española", Revista Penal, núm. 2, julio, 1998, pp. 21 y 22.

5. Cfr. SSTS. 2704/1991, de 12 de abril; 143/1998, de 5 de febrero y 96/2000, de 19 enero.

6. SSTS. 1176/1998, de 7 de octubre; 184/1999, de 15 de febrero y 9238/2001, de 22 de octubre.

7. SSTS. 2531/1999, de 26 de noviembre y 9014/2001, de 17 de septiembre.

8. STS. 9509/2000, de 23 de septiembre.

9. STS. 161/1999, de 3 de febrero.

10. A partir de 700.000 pesetas. Cfr. "Esclavas del fin del siglo XX: "El tráfico de mujeres extranjeras se ha duplicado en España, Mujeres en Acción (23), Fundación Dolores Ibarruri, Madrid, 1998, p. 1.

11. En el caso de mujeres nigerianas, por ejemplo. Véase David R. VIDAL, "Tráfico mujeres nigerianas con fines de explotación sexual(I IV)", http://www.inmigra.com/colabora/web-traffic/articulos/tráfico_de_nigerianas_i.htm. También, Nogi IMOUKHUEDE que cifra esa deuda entre 50.000 y 100.000 dólares en el Encuentro Internacional sobre Tráfico de Mujeres y Explotación Sexual organizado por el Instituto de la Mujer y celebrado en Málaga los días 23 y 24 de septiembre de 2002.

DOCTRINA

dar la deuda contraída, al ejercicio de la prostitución bajo un régimen normalmente inhumano (secuestradas o controladas en todos sus movimientos, amenazadas en sus personas y las de sus familias y violadas, golpeadas o aún asesinadas¹², si muestran mayor resistencia).

La anterior ausencia de un tipo penal específico, capaz de ofrecer respuesta a comportamientos tan característicos de explotación sexual, obligaba a recurrir en esas situaciones a la aplicación de figuras genéricas de delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312,2 y 313)¹³, a más de otras posibles tipicidades tales como estafa¹⁴, abusos sexuales, detención ilegal o lesiones¹⁵. Estas últimas siguen siendo de posible aplicación pero hoy ya en concurso con el art. 188,2 que, dada su característica amplitud ("favorecimiento directo e indirecto", "explotación sexual", "violencia, intimidación o engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad" ...), las abarca sin mayores dificultades¹⁶ ofreciendo una respuesta proporcional a su merecimiento de pena.

Así las cosas no se explica bien la razón por la que se vuelve a plantear una nueva reforma penal que modifique la realidad normativa existente en materia de trata sexual de personas. Más aún si con ella se desvirtúa el mismo concepto de trata, de pacífico entendimiento hasta ahora, y se superan las barreras del principio de intervención mínima penal.

El nuevo precepto que se prepara— que pasaría a convertirse en un tipo cualificado del art. 318 bis— castiga con penas de cinco a diez años los casos de *tráfico o inmigración ilegal de personas realizados con el propósito de su explotación sexual*, sin necesidad de que medie ningún tipo de violencia o de abuso. A primera vista podría pensarse que se propone abarcar cualesquiera situaciones consentidas de traslado de personas a nuestro país para contraer un matrimonio concertado desde su lugar de origen a través de una agencia, por ejemplo o bien ofreciéndose como intermediarios en la gestión de algún negocio lucrativo relativo a la prostitución o la pornografía. De modo que el interés a proteger con esas elevadas penas acabaría por ser sólo el estatal de controlar la inmigración ilegal de personas. Aunque es dudoso que esas transacciones cumplieran la exigencia legal que impone a esas conductas un fin de explotación sexual. Sobre todo si por tal se entiende el propósito de convertir a esas personas en mercancía, en "objeto de intercambio", de modo que se ponga en juego su dignidad o lo que el legislador español califica como "integridad moral", para lo cual se precisaría que se utilizara en provecho propio y de forma abusiva su cuerpo o su fuerza de trabajo¹⁷. En todo caso, desde luego, faltarían los elementos inherentes al mismo concepto de trata

El Consejo de la Unión Europea ha reiterado, una vez más, en su reciente Decisión Marco de 19 de julio de 2002 que la trata de seres humanos constituye "una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana (que) implica prácticas crueles como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción"¹⁸. Es la acepción más clásica de trata que asimila su práctica a la utilización de una persona como una cosa, vendiéndola, explotándola, aprovechándose de ella y, por tanto, degradándola a la condición de objeto. De ahí su permanente símil con la esclavitud. Un significado éste que acabaría desnaturalizándose si se le asignara ese significado formal de "traslado geográfico de carácter ilegal" al que impropiamente parece querer asimilarlo el nuevo proyecto de reforma.

II

Pero hay otras perspectivas que resultan asimismo esenciales para la comprensión de un fenómeno como éste de la trata sexual de seres humanos que, aunque no es nuevo, ha adquirido en la actualidad, con los rasgos diferenciadores de una estructura económica mundial más compleja, fórmulas y cauces más eficientes y sistemáticos y efectos realmente devasta-

¹². Véanse, por ejemplo, los hechos que narran las SSTS.9509/2000, de 23 de septiembre y 1517/2001, de 19 de noviembre, entre otras. Asimismo, la noticia del Diario "El País", de 4 de marzo de 2000, acerca del hallazgo de cadáveres descuartizados y degollados de mujeres en Alicante, cuya muerte era atribuida a redes de trata como gesto de escarmiento, para "atemorizar a las mujeres que prostituyen". Sobre la crueldad de los métodos empleados por esas redes de proxenetismo y explotación sexual, HERMAN, E. "Traffics du sexe. Bruxelles et l'Europe", Actes de la Conference de Bruxelles (6 mars 1993) sur "Commerce du sexe & droits humains", 2 ed. Unesco, 1993, p.27.

¹³. Véanse las interesantes consideraciones de la STS. 143/1998, cit en un momento en que todavía no había entrado en vigor el actual art. 318 bis.

¹⁴. Así, la STS. 2704/1991, que calificó de "estafa agravada", conforme el antiguo Cp. (art.529,5), el engaño a que se ven sometidas esas mujeres inmigrantes a las que se exige el pago de una "deuda falsa" por el notable incremento de que es objeto y que se ven obligadas a satisfacer dada la situación de debilidad en que se encuentran, propiciada por las maniobras fraudulentas de sus captores.

¹⁵. Así, la STS. 2531/1999, de 26 de noviembre.

¹⁶. Salvo las que suscitan los abundantes problemas concursales entre los posibles tipos aplicables. Sobre ello, mi artículo "La trata sexual de mujeres extranjeras: una aproximación jurisprudencial" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 5, 2002, pp. 446 ss.

¹⁷. Véase esta idea desarrollada en el análisis que propone LAURENZO COPELLO, P. "La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros". En prensa.

¹⁸. Cfr. 2002/629/JAI. En parecidos términos, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Naciones Unidas 2000). Un comentario sobre él ofrece Ángela Alemany Rojo en el Encuentro Internacional cit. de septiembre del 2002 celebrado en Málaga.

DOCTRINA

dores. De entre esas perspectivas, cabe destacar preferentemente tres: a) la de *género*, porque la trata recae sustancialmente sobre mujeres; b) la de la *desigualdad y la pobreza*, porque son las condiciones características bajo las que transcurre este lucrativo negocio¹⁹ y, c) su *internacionalización* y sus conexiones, cada vez más intensas, con la delincuencia organizada mundial. Veámoslas.

a) Desde sus orígenes, el fenómeno del tráfico sexual de personas ha aparecido esencialmente vinculado a las mujeres. No es casualidad que el nombre con que fue conocido, regulado y después penalizado, haya sido el de *trata de blancas* en tanto que sinónimo de "comercio transfronterizo de mujeres"²⁰. Con ese significado se inicia el proceso de su reconocimiento internacional a finales del siglo pasado en Gran Bretaña (hacia 1881), institucionalizándose en una Conferencia Internacional celebrada en París, en 1902²¹. A partir de entonces, y hasta 1921 aproximadamente, los textos de la Sociedad de Naciones (1904, 1910) contienen sólo referencias a la "trata de blancas" que paulatinamente se irán sustituyendo por otras a "mujeres" y "niños", en particular (1921, 1930 ...), hasta que en los Convenios posteriores a la II Guerra Mundial (1949, 1979, 1996 ...) se acaban generalizando las menciones indiscriminadas a "personas" o "seres humanos"²².

Sin embargo, hoy como ayer, nadie niega que los sujetos -o quizá mejor "objetos"- privilegiados de esta clase de tráfico ilegal siguen siendo las mujeres. No en vano, de las escasas definiciones existentes en torno a la "trata de personas", la de la Asamblea General de Naciones Unidas se refiere específicamente a ellas cuando describe ese fenómeno como "el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de las fronteras nacionales e internacionales (...) con el fin último de forzar a mujeres y niñas a situaciones de opresión y explotación sexual o económica, en beneficio de proxenetas, tratantes y bandas criminales organizadas, así como otras actividades ilícitas relacionadas con la trata de mujeres, por ejemplo, el trabajo doméstico forzado, los matrimonios falsos, los empleos clandestinos y las adopciones fraudulentas"²³.

Lo que sí ha ido cambiando paulatinamente tras la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años 70, ha sido la fisonomía de ese tráfico y de la prostitución misma. Se atribuye a la revolución sexual y de costumbres operada por esas fechas y a la creciente internacionalización de la economía la evolución sufrida por el mercado del sexo. Su estructura se hace cada vez más compleja y selectiva y la explotación de la prostitución se distancia de los burdeles clásicos para vincularse a la industria del ocio, de lo visual, de la relajación y las diversiones²⁴. Un buen ejemplo lo constituye la diversidad de formas que adoptan los nuevos circuitos de su oferta (saunas, clubs, salones de masaje, hoteles, servicios de acompañantes, salones de té, bares con pases de gogó, peep-shows ...) ²⁵. También la demanda de servicios sexuales ha ido modificándose y haciéndose progresivamente más variada y caprichosa por parte de una clientela que, dependiente de las modas, prefiere hoy mujeres extranjeras -más baratas- y preferentemente exóticas. Un exotismo en el que, desde luego, tienen mucho que ver los estereotipos racistas-sexistas más clásicos, según los cuales "las mujeres asiáticas serían pasivas y dulces, las africanas "salvajes" y las sudamericanas, particularmente libres y disponibles ..." ²⁶. Lo cierto es que este nuevo desenvolvimiento de las estructuras y las formas de organización comercial del sector de la prostitución ha tenido como consecuencia "la internacionalización de la fuerza de trabajo sexual"²⁷.

A ello han contribuido, sin duda, otros factores. De entre los cuales hay que destacar el efecto que sobre la emigración están teniendo los excesos del neocapitalismo mundial. La llamada "globalización de la economía" y su modelo de desarrollo neoliberal en torno a la supremacía del mercado ha agudizado las desigualdades existentes entre los países del norte y del sur, produciendo una marginalización y un empobrecimiento progresivo y creciente de sectores cada vez más numerosos de la población mundial. Es desde esos países pobres del Tercer Mundo desde los que parten los movimientos migratorios de per-

19. Destaca, en particular, esas claves Rocío MENDOZA VAZQUEZ en el Prólogo a la edición española de SKROBANEK, S./BOONPAKDI, N./JANTHAKKEERO Ch., "Tráfico de mujeres. Realidades humanas en el negocio internacional del sexo", Narcea, Madrid, 1999, pp. 9 ss.

20. Una práctica que conoció su expansión a finales del siglo XIX y principios del XX a causa del empobrecimiento progresivo de la clase obrera y de los ciudadanos en general en los países en que tuvo lugar la revolución industrial, así como debido a las persecuciones religiosas. Las migraciones de mujeres provenían principalmente de Rusia, del Imperio austro-húngaro y de Europa del Sur y del Norte y se dirigían hacia los burdeles de América Latina, sobre todo, y también de América del Norte, Oriente y otros países. Véase todo ello, con detalle, en el interesante informe presentado por Licia BRUSSA "La prostitution, la migration et la traite des femmes: données historiques et faits actuels (I)", Actes du Séminaire sur "La lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée en tant que violations des droits de la personne humaine et atteinte à la dignité humaine", Strasbourg, 25-27 septembre 1991, Conseil de l'Europe, pp.37 ss. y 56.

21. Aunque en realidad el tráfico internacional de mujeres con fines sexuales fue denunciado por primera vez en Inglaterra en 1869 en el contexto de una campaña organizada en contra de la reglamentación estatal de la prostitución. Quienes la promovieron formaban parte de la Federación Abolicionista Internacional y atribuían su creciente difusión a la actitud tolerante del Estado hacia esa vieja práctica. Fue el comienzo de la represión del comercio internacional de mujeres no sólo en Europa sino también en América. Más datos en mi artículo "El comercio sexual de seres humanos: una esclavitud de todos los tiempos" en *Prostitución y derecho en el cine*. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 62 ss.

22. Cfr. ampliamente, Informe de Licia BRUSSA, "La prostitution ...", cit., pp. 38 ss.

23. Cfr. la Resolución 49/166, cit. por DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL. "Las nuevas corrientes ...", nota 81, p. 26. Asimismo se contienen referencias específicas a la mujer en diversos textos aprobados en fechas recientes en el seno de la Unión Europea, en particular, por el Parlamento Europeo (Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres de 16-9-1997 o la Resolución sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual de 16-12-1997) y la Comisión (Comunicaciones sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual y sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres, de 20-11-1996 y 9-12-1998, respectivamente). Cfr. "Las nuevas ...", pp. 14 ss.

24. Sobre esta evolución, véase el informe de la socióloga Licia BRUSSA, "La prostitution ...", pp. 51 ss.

25. Un examen detallado de las diferentes versiones en SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de mujeres ...", pp. 91 ss.

26. Cfr. el citado informe de Licia BRUSSA, "La prostitución ...", p.62 y ss. También, SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de mujeres", pp.36 y 37.

27. Cfr. Licia BRUSSA en su Presentación al Seminario sobre "La lutte contre la traite des femmes et la prostitution forcée ...", p. 19. Esta autora atribuye cierta influencia sobre esta evolución a las nuevas políticas de abolición de la prostitución reglamentada y al hecho de que, entre los años 50 a 80, la prostitución llegara a ser un mercado libre. Más ampliamente, sobre las fases de expansión de este mercado, "La prostitution ...", pp. 52 y 55.

DOCTRINA

sonas que se dirigen a los países ricos e industrializados²⁸. Por otra parte, la unificación de Europa así como el proteccionismo y el progresivo endurecimiento de la leyes de inmigración han acentuado ese proceso de marginalización al crecer las dificultades para obtener un permiso de trabajo y residencia para desarrollar una actividad laboral legal²⁹. El fenómeno migratorio se hace así progresivamente clandestino e ilegal, afectando en los últimos años, en un 50 por ciento por lo menos, a mujeres³⁰ que pasan a ser presa fácil de los sistemas de explotación, sexual sobre todo³¹. Según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), sólo en Europa el tráfico sexual involucra de 200 mil a 500 mil mujeres procedentes de América Latina, África, Asia y Europa Oriental³².

Las razones de esa feminización de la emigración y, con ella, del incremento del mercado de la prostitución internacional tienen que ver, sobre todo, con la pobreza y la necesidad que se deja sentir en la mayoría de los hogares de los países de los que esas mujeres parten donde es creciente la jefatura femenina sobre la que descansa entonces la obligación de procurar fuera del lugar de origen, normalmente rural o suburbano, el sustento familiar³³. Esta realidad se ha descrito con especial crudeza en África y Asia, en sus zonas menos desarrolladas que son víctimas del agotamiento de los recursos naturales, de la superpoblación y del hambre y donde las mujeres, cada vez más jóvenes, desde los diez o doce años, se ven obligadas a servir de sostén a su familia³⁴. No hay que despreciar tampoco, como posibles causas de esas emigraciones masivas, la "idea mítica" propiciada por las imágenes que ofrecen los medios de comunicación acerca del bienestar, la riqueza y las posibilidades de trabajo existentes en los países ricos³⁵ la relativa existencia de opciones legales en los países de destino para dedicarse al trabajo doméstico o a sectores de la industria turística que terminan siendo las "tapaderas" de ese otro tráfico ilegal³⁶ o los desequilibrios provocados en los países de origen por el creciente desenvolvimiento del turismo de masas y en particular del "turismo sexual"³⁷. En menor medida, también, las persecuciones políticas o religiosas o las guerras civiles que expulsan a mujeres y niñas en condiciones físicas y psicológicas gravemente precarias³⁸.

Con razón se afirma que "la trata de mujeres tiene su origen en la explotación económica de la mano de obra femenina y en la sexualidad, y se trata de un fenómeno estructural"³⁹. Quizás entonces lo único que haya cambiado desde que esa trata fue concebida como problema a finales del siglo XIX sea, en efecto, la condición de las mujeres sobre las que recae que "ya no son blancas" y, en todo caso, resultan ser "provenientes de países que se empobrecen rápidamente, de países en crisis económico-social, bajo una situación política inestable o bajo un régimen dictatorial"⁴⁰.

La extrema vulnerabilidad de la condición de esas emigrantes sexuales permite situar este fenómeno de la prostitución internacional en el lugar adecuado de análisis, que es el de la dependencia progresiva y crítica de los países del Tercer Mundo respecto de los más ricos y desarrollados, que ha propiciado, a más de otras formas de explotación personal, una *reserva creciente de mano de obra sexual*⁴¹ en determinadas zonas geográficas marcadas por la miseria y la marginalidad.

b) Por ello, la segunda perspectiva del análisis que proponíamos era la de la *desigualdad y la pobreza*. En efecto. No es casualidad que los mercados de aprovisionamiento de mujeres sean, por orden cronológico de incorporación, ciertos *países de América Latina y el Caribe* (en especial, Colombia, República Dominicana y, después, Brasil y las Antillas ...), con destino preferente hacia Europa del Sur, a Italia y España en particular; *Asia del Suroeste* (sobre todo, Filipinas, Tailandia e Indonesia), con destino hacia Europa Central y Gran Bretaña así como a Japón, EE.UU. y Arabia Saudí; *África* (particularmente, Ghana, Zaire, Senegal, Nigeria, Etiopía y, en menor medida, Marruecos y Argelia) y, ya en los años noventa, los países provenientes de los *antiguos países comunistas de la URSS o de Europa del Este* (preferentemente, Polonia, Rumanía o la vieja

28. Véase, más ampliamente, AZIZE VARGAS, Y. "Derechos vulnerados", *Perspectivas*, num. 13: "Migrantes. El cruce del desierto", Isis Internacional, enero-marzo, 1999, pp. 3 ss. También, SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de personas", pp. 43 ss.

29. Cfr. WIJERS M., "Conclusions sur la Conference de travail sur la traite des femmes tenue a Amsterdam en juillet 1991, Seminaire sur "La lutte contre la traite des femmes ...", p. 111.

30. Según datos de las Naciones Unidas, recogidos en la "Presentación" de *Perspectivas* num. 13, p. 2.

31. Se ha afirmado que esta realidad se corresponde con el nivel 2 de la referida globalización, que estaría representada por "una economía mayoritariamente feminizada de servicios sexualizados y racializados que ofrece servicios del ámbito privado ... e institucionaliza así el abuso y la explotación", Cfr. AZIZE VARGAS, Y., "Derechos vulnerados", p. 3.

32. "Traficantes" en *Perspectivas*, num. 14, p. 14.

33. DUQUE, I. "Un fenómeno en aumento", *Perspectivas*, num. 14: "La economía del sexo", Isis Internacional, abril-junio, 1999, p. 3.

34. Véase la realidad que muestran Siriporn SKROBANEK y Nogi IMOUKHUEDE en el último Encuentro Internacional sobre tráfico sexual de mujeres celebrado en septiembre de 2002 en Málaga.

35. Así, BRUSSA, L., "La prostitution ...", p. 62. También, SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de mujeres", p. 45.

36. Así, AZIZE VARGAS, Y. "Derechos vulnerados", p. 3. También, SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de mujeres", pp. 141 ss.

37. Cfr. BRUSSA, L., "La prostitution ...", p. 62.

38. Véase BRUSSA, L., "La prostitution ...", p. 71.

39. Cfr. SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de mujeres", p. 41.

40. Cfr. BRUSSA, L., "La prostitution ...", p. 56. Sobre esas y otras situaciones de riesgo, comprensivas del conflicto armado, las catástrofes naturales, los matrimonios forzados o los refugiados ..., véase el art. 4 b) del texto "Pour une nouvelle Convention Internationale contre le trafic des êtres humains", recogido entre las "Actes de la Conference de Bruxelles ...", 1993.

41. Cfr. en ese sentido BRUSSA, L., "La prostitution ...", p. 62.

DOCTRINA

Yugoslavia)⁴². Partiendo siempre de "esas reservas" de mano de obra sexual, las destinatarias privilegiadas del mercado de la prostitución son, a menudo, las mujeres provenientes de medios rurales o de suburbios urbanos, o, en fin, las más desfavorecidas de entre las que proceden de poblaciones castigadas por el hambre, la guerra o los desastres naturales⁴³. Y son cada vez más jóvenes⁴⁴.

Por otra parte, los contactos orientados a la captación de esas mujeres⁴⁵ para destinarlas a la prostitución raramente se realizan ya por personas aisladas. También son poco numerosas las mujeres que se trasladan autónomamente, a instancias de un compatriota o un familiar, al país de destino⁴⁶. En su gran mayoría, las mujeres inmigrantes son reclutadas por agentes intermediarios de complejas redes de tráfico que descansan en estructuras, cada vez más compactas y estables, de criminalidad organizada. Es verdad que la prostitución "ha pasado de ser un fenómeno local controlado y controlable (con sus propias leyes de mercado y sus "códigos internos" de comportamiento) a un fenómeno de carácter internacional" en que todos los países del mundo están implicados⁴⁷.

c) A esa *internacionalización* de la fuerza de trabajo sexual se une, asimismo, la de sus infraestructuras y la organización de sus circuitos comerciales que, cada vez más, descansan sobre multinacionales de la industria del sexo. Su existencia, en constante expansión, se explica por la difusión operada en el mercado de la prostitución, en sus formas cada vez más diversas integradas en el sector de la industria, turística o no, del ocio y la diversión, por el incremento de las tecnologías y la multiplicación de las comunicaciones de toda índole⁴⁸, por la formación de redes internacionales de captación y explotación a menudo favorecidas por su cobertura legal o fáctica en los países de reclutamiento⁴⁹, por la cifra de negocios en progresivo aumento y el rápido enriquecimiento del sector gracias también a sus inversiones de dinero -"negro"- en los "nuevos paraísos" turísticos de Asia o el Caribe...⁵⁰.

No deben despreciarse tampoco las conexiones de este tráfico ilegal con otros mercados y otras mafias, también ilegales: de la droga, las armas, la pornografía o el crimen organizado⁵¹. En ese sentido, se afirma que es uno de los negocios más lucrativos del mundo. Según esas fuentes, el negocio de la prostitución movería diariamente en España unos 5.000 millones de pesetas y anualmente, casi dos billones⁵². En cuanto a Europa, se cifra en 7.000 millones de dólares anuales las ganancias de estas redes internacionales de trata (OIM)⁵³.

Esta es, pues, otra de las perspectivas del tráfico sexual de seres humanos que no puede dejar de tomarse en consideración: su carácter de *criminalidad organizada*⁵⁴. Hoy se mantiene, con razón, que la explotación sexual de mujeres está "en manos de organizaciones delictivas internacionales" de una gran movilidad y en constante expansión⁵⁵. Se trata de una clave más para la comprensión del fenómeno en estudio que ha suscitado la preocupación de las Naciones Unidas y de diversas instituciones de la Unión Europea⁵⁶. Sus últimas iniciativas para combatir la actividad criminal de esas asociaciones han teni-

42. Ampliamente se refiere a estos "senderos internacionales del tráfico", BRUSSA, L. "La prostitution ...", pp. 58 ss. y 64. Respecto de las nuevas corrientes migratorias procedentes de la Europa del Este con destino en los países de la Unión Europea, se estima que constituyen una proporción de 2/3 respecto del medio millón de mujeres provenientes de otros lugares del planeta (OIM). Cfr. "Tráfico de mujeres: la nueva esclavitud", Cáritas, núm. 394, abril, 1999, p. 32.

43. Sobre ello, SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de mujeres", pp. 25 ss. y 55 ss. Véase también el Informe de SAYLAN, T. sobre "Prevention des causes de al traite des femmes et de la prostitution forcée. Approches et actions", Actes du Seminaire sur "La lutte contre la traite des femmes ...", Strasbourg, 1991, pp. 124 ss. Y la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento Europeo "sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres", Bruselas, 9-12-1998, pp. 3 y 17 (COM (1998) 726 final).

44. Cfr. el Informe de BRUSSA, L. "La prostitution ...", pp. 57 y 58. También, SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de mujeres", p. 64 y 55 ss.

45. Sobre las diversas "fórmulas de captación", véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (1998), "Sobre nuevas medidas ...", p. 3.

46. Para un análisis más detenido, véase BRUSSA, L. "La prostitution ...", pp. 70 ss.

47. Cfr. BRUSSA, L. "La prostitution ...", p. 63 y 123.

48. No debe despreciarse, en efecto, la importancia de "las autopistas de la información y los nuevos soportes digitales ... utilizados como buzones de acceso a las redes de prostitución o de pornografía". Cfr. MENDOZA VAZQUEZ, R. en el Prólogo a la obra de SKROBANEK, S. y otras "El tráfico de mujeres", p. 13. Sobre las iniciativas institucionales existentes en el ámbito internacional y comunitario europeo, véanse las referencias de DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Las nuevas corrientes internacionales ...", pp. 7 ss. y 24 ss. Más ampliamente, MORÓN LERMA, E. "Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red", Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 108 ss.

49. Lo denuncia explícitamente Zoraida RAMÍREZ RODRÍGUEZ en su contribución a "las perspectivas del tráfico de mujeres con fines de explotación sexual desde los países de origen" en el Encuentro Internacional de Málaga de 2002.

50. Así lo describe en su Informe, BRUSSA, L. "La prostitution ...", pp. 52, 55 y 64 ss. También, en la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, la Comisión (Bruselas, 1998), pp. 2 y 3.

51. Cfr. el Informe de BRUSSA, L. "La prostitution ...", pp. 57 y 123.

52. Como "el segundo" negocio más lucrativo del mundo se le califica, por delante del de las drogas y superando el de las armas. Cfr. estas afirmaciones y estos datos en el Prólogo al "Tráfico de mujeres" de SKROBANEK, S. y otras, p. 11.

53. Cfr. "Tráfico de mujeres", en Perspectivas, núm. 14, p. 14. En relación sólo a mujeres colombianas, afirman otras fuentes que "las mafias internacionales de trata ... obtienen unos 54 millones de dólares al año (más de 8.000 millones de pesetas)... Y su explotación en los prostibulos les depara 65.000 millones actuales". Cfr. "Tráfico de mujeres: la nueva esclavitud", Cáritas, p. 33.

54. Sobre este concepto y sus implicaciones sociológicas y jurídicas, ANARTE BORRALLA, E. "Conjeturas sobre la criminalidad organizada" en la obra colectiva, Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva, 1999, pp. 17 ss.

55. Cfr. la "Introducción General" de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (Bruselas, 1998), p. 1. También, LEUPRECHT, P. en su intervención en el Seminario sobre "La lutte contre la traite de femmes ...", p. 13, en particular.

56. Véase el texto de la Comunicación de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo "Sobre nuevas medidas ..." (1998), pp. 4 ss. Asimismo, el Protocolo de Naciones Unidas complementario de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 cit. Más ampliamente, BUENO ARÚS, F. "Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada", en la obra colectiva, Delincuencia organizada, cit., pp. 59 ss.

DOCTRINA

do asimismo reflejo en el ámbito de nuestra legislación más reciente. En esa influencia quizás debiera destacarse, de un modo especial, el contenido de la Resolución dictada por la Comisión Europea en diciembre de 1997 en apoyo de la "Acción Común" del mismo año y de la necesidad de previsión de "sanciones eficaces ... contra las personas y organizaciones implicadas directa e indirectamente en la trata de mujeres", así como su Comunicación de 1998 en pro del "desarrollo de estrategias y medidas (en colaboración con Europol e Interpol) contra los diversos eslabones de la cadena de la delincuencia organizada"⁵⁷. No hay que olvidar, por otra parte, entre las manifestaciones de ese interés por combatir esta forma de criminalidad la idea de crear un eurodelito de trata de seres humanos que asegure la tutela homogénea en la Unión Europea de las vulnerables víctimas implicadas en este inhumano negocio⁵⁸.

III

Varias son hasta ahora las iniciativas legislativas que se han propuesto en nuestro país para favorecer la persecución de las actividades criminales protagonizadas por esa delincuencia organizada en torno al tráfico ilegal de personas. La primera en el tiempo, de naturaleza procesal, contiene una definición de la figura que se propone combatir: "se considerará como delincuencia organizada, la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer ...b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal" (art. 2, 4). A partir de ella, sus previsiones se orientan básicamente a legalizar y regular la actividad de los agentes encubiertos, no sólo ya como institución estrictamente policial sino también "de penetración e investigación con fines procesales"⁵⁹, llamada a posibilitar que los miembros de la Policía Judicial puedan "participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores". Así lo declara, en su Exposición de Motivos, esta LO. 1/1999, de 13 de enero.

Más trascendencia tiene, a efectos penales sustantivos, la nueva normativa que, en torno a la definición de contenido de las *asociaciones ilícitas*, contiene la LO. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería o, más técnicamente, sobre "derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social". Me refiero, en particular, a su propuesta de incorporación de un nuevo apartado -el sexto- al art. 515 del Código penal, destinado a incluir, entre las asociaciones ilícitas punibles, "las que promuevan el tráfico ilegal de personas", haciéndoles participar de las penas que para sus fundadores, organizadores y miembros activos, o bien para sus cooperadores, prevén los arts. 517 y 518 Cp., respectivamente. Otras disposiciones de esa Ley afectaron también, desde diversas perspectivas, a nuestra institución: sea a efectos concursales, como *los nuevos "delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros"* que dan contenido al art. 318 bis y a un Título, asimismo nuevo, el T. XV bis) que se incorporó en esas fechas al Código Penal de 1995 y que, por cierto, es el llamado a acoger, en la reforma que se propone este año, el delito de trata sexual como tipo cualificado; sea a efectos administrativos, no menos importantes, asimismo de concurso (art. 50) o en cuanto a medidas dirigidas a favorecer la denuncia y persecución de las actividades de estas organizaciones a través del ofrecimiento de oportunidades de obtener un permiso de trabajo y de residencia en nuestro país a quienes, como "víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos" preste su *colaboración contra redes organizadas* (art. 55)⁶⁰.

Resulta sorprendente, sin embargo, que la reforma penal más firmemente interesada en regular y castigar la trata ilegal de personas, es decir, la LO. 11/1999, de 30 de abril que fue la que introdujo este delito en el Código penal, haya omitido cualquier referencia agravatoria directa a la circunstancia de *pertenencia de los culpables a una organización o asociación*. Sobre todo, porque ese es un dato que la misma reforma valora de forma relevante cuando se propone regular otras figuras delictivas próximas, tales como el favorecimiento de la prostitución de menores e incapaces (art. 187,3) o su utilización para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189,2). Y, precisamente, cuando la experiencia enseña que es el tráfico de esos menores (art. 188,4) -y el de adultos (art. 188,1)- la actividad más estrechamente vinculada a la estructura organizativa de grupos criminales. Una circunstancia ésta que, por lo demás, parecía haber estado presente en la mens legislatoris cuan-

57. Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL. "Las nuevas corrientes internacionales ...", pp. 15 y 19, sobre todo. Hoy es de especial interés la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 cit.

58. En la reunión celebrada en 1998 en Italia la propuesta de ese eurodelito corrió a cargo de Luis ARROYO ZAPATERO. Para un análisis más amplio de la fórmula presentada y de sus contenidos así como del Derecho Comparado en torno a esta figura de la trata, véase K. TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht in der Europäische Union", Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2002.

59. Para un análisis más detallado, véase ANARTE BORRALLÓ, E. "Conjeturas sobre la criminalidad organizada, pp.31 ss. También, QUERALT, JJ. "Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999 de 14 de enero", La Ley Actualidad, núm. 4933, de 23 de noviembre de 1999, pp. 1 ss.

60. Es una de las medidas que gozan hoy de mayor predicamento en la lucha contra el tráfico organizado de personas, como se ha puesto de manifiesto por varias participantes en el Encuentro Internacional celebrado en Málaga en septiembre de 2002.

DOCTRINA

do renunció a individualizar la víctima del ataque a la libertad sexual -su referencia no es a una *persona* sino a *personas*⁶¹-, como queriendo indicar una continuidad delictiva más propia de actividades organizadas que de iniciativas aisladas. Con todo, la única solución posible hoy por hoy parece ser la de recurrir, en tales casos, a la valoración conjunta de los elementos que el legislador ha preferido regular de forma independiente: de una parte, la actividad de tráfico sexual, sea de adultos o de menores o incapaces (art. 188, 1 y 4); de otra, la pertenencia de sus autores a una asociación ilícita del nuevo apartado 6º del art. 515 Cp.⁶² La reforma que se anuncia este año, si es que entra en vigor, prevé una solución preferible para estos casos de concurrencia de una estructura organizada en las actividades de tráfico que consiste en la aplicación de una cualificación específica que aparecería contenida en el propio precepto (nuevo artículo 318 bis) y que evitaría tener que recurrir a las reglas del concurso.

Pero lo cierto es que, con independencia de ese inexplicable olvido, el legislador de 1999 puso un indudable empeño en criminalizar cualesquiera actividades relacionadas con la trata de personas. El *fin de explotación sexual* que debe acompañar su realización, se entiende hoy que implicará, las más de las veces, ánimo de lucro aún cuando no deba considerarse exigencia legal⁶³. A cambio, parece inevitable admitir actualmente la identificación de ese propósito con el de destinar a la víctima de este delito a la práctica forzada de la prostitución⁶⁴, sobre todo a partir de una interpretación sistemática de este precepto con su rúbrica (V: "Delitos relativos a la prostitución...")⁶⁵. Son consecuencias de una determinada regulación legal que cambiarán sustancialmente si entra en vigor la reforma anunciada. Conforme a ella, la frecuente concurrencia de afán de lucro en los traficantes del sexo se valorará independientemente como una agravación adicional y, al pasar a regularse esta práctica bajo el título genérico de "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros" -que es la rúbrica que seguiría presidiendo el reformado art. 318 bis- se ampliarán las conductas finales que pueden verse comprendidas en su injusto típico dando cabida, además de a la prostitución, a otras prácticas de explotación sexual tales como la pornografía, el tráfico de óvulos o los matrimonios forzados⁶⁶.

En ningún momento se verá disminuído, de otra parte, ese afán punitivo que se deja ver en la actual regulación y que tiene, por lo demás, múltiples manifestaciones. No sólo ya la equiparación de penas existente entre las conductas de explotación sexual en la prostitución y aquéllas otras, preparatorias, de captación, reclutamiento o traslado con ese fin⁶⁷ sino, sobre todo, la asimilación que se propone a la autoría de comportamientos que, en muchas ocasiones, no irán más allá de la complicidad en tanto que meros actos de favorecimiento -incluso, indirecto- de la prostitución⁶⁸. En realidad, esa última opción legislativa deja un amplio espacio de decisión al juzgador en orden a adecuar la responsabilidad individual al grado de merecimiento de pena en cada caso, para lo cual habrá de hacer uso de las amplias posibilidades de arbitrio que le concede el art. 66, 1º del Código penal. Piénsese que, bajo la descripción típica -"el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas ..."-, quedan comprendidos todos los posibles eslabones de la cadena de la trata: los que inician y ultiman los contactos, los que expiden la documentación falsa sean pasaportes, permisos de residen-

61. La propuesta de introducción de este precepto, que partió del Informe del Consejo del Poder Judicial, sí individualizaba, no obstante, esa referencia: se castigaba a quien favoreciera la entrada, estancia o salida del territorio nacional de una persona. La fórmula que ha prevalecido en la ley es similar a la de la anterior normativa -que aludía indistintamente a "una o varias personas"- y plantea los mismos problemas concursales. Mayoritariamente, en caso de concurrencia de víctimas, se proponía estimar un solo delito. Por todos, GARRIDO GUZMÁN, "La prostitución: estudio jurídico y criminológico, Edersa, Madrid, 1992, p. 194. Asimismo, la STS. de 5 de octubre de 1998. A cambio, la STS. de 5 de febrero de ese mismo año se inclinaba por la continuación delictiva.

62. Véase más ampliamente mi artículo "La trata sexual de mujeres extranjeras ...", cit. p. 447.

63. Como tal exigencia legal -"participando de los beneficios de este tráfico ..."- desapareció con la reforma de 1963. Más ampliamente, RODRIGUEZ DEVESA, JM./SERRANO GOMEZ, A., "Derecho Penal Español", PE., 15 ed., Dykinson, Madrid, 1992, p. 214 nota núm. 2. Con todo, lo cierto es que la mayor parte de las definiciones existentes en el ámbito europeo acerca de la "trata" incluyen la persecución de "fines lucrativos". También, respecto de la "explotación sexual", aunque es una cuestión muy discutida. Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL. "Las nuevas corrientes internacionales ...", notas 1 y 27.

64. Lo que no prejuzga que pueda estar o no prostituida ya (véase también en relación a la anterior normativa, la STS. de 3 de diciembre de 1984, cfr. por todos, GARRIDO GUZMAN, L. "La prostitución ...", p. 193), como tampoco que exista un consentimiento inicial para el ejercicio de la prostitución, vgr. como "camareras", "masajistas" o "artistas animadoras" ..., siempre que después se vean "privadas de sus derechos fundamentales y reducidas prácticamente a la esclavitud". Así, en su definición de la trata, la Comunicación de la Comisión "sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres..." (Bruselas, 1998) p.2. Se ha afirmado, con razón, que "la clave" del problema de la trata "se halla en el uso de la fuerza y el engaño" (cfr. SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de mujeres", p. 41). A esos medios comisivos que, en todo caso, deben ser interpretados en sentido amplio, el legislador español incorpora los de intimidación y abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (art. 188,2).

65. Esta asimilación, cuando se trata de adultos, cuenta con el apoyo del Consejo Europeo, como se desprende de las definiciones contenidas en su Acción Común de 24 de febrero de 1997. En cuanto a menores, se incluyen otras formas de abuso y, en particular, su explotación para actuaciones y material pornográfico. En cuanto a la utilización ilícita de las posibilidades técnicas de Internet, a esos fines, véase la Decisión adoptada por el Consejo y el Parlamento en 1999. Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL. "Las nuevas corrientes internacionales ...".

66. Cuando son objeto de explotación sexual comercial a través de agencias mediadoras que son verdaderas mafias criminales. Así, vgr. los servicios de "novias por correspondencia". La realidad de esta práctica es verdaderamente cruel: a menudo, las mujeres que consiguen su objetivo, demasiado jóvenes en su mayoría, viven secuestradas y aisladas, sin dinero ni posibilidades de retorno con sus familias; pero las más no llegan a casarse, son probadas y vendidas a otros agentes y finalmente terminan siendo explotadas en prostíbulos. Sobre todo ello, véanse las Conclusiones de la Conferencia de Trabajo sobre la trata de mujeres de Amsterdam en julio de 1991 y *Extrait du compte rendu de la Réunion d'Experts de Pennsylvanie en avril de 1991*, en "La lutte contre la traite de femmes ..." (Strasbourg, 1991), pp. 111 y 171 ss. También, en *Perspectives* núm. 14, pp. 17 y 18; y SKROBANEK, S. y otras, "Tráfico de mujeres", pp. 41, 51 y 103. En esa línea ampliatoria, también, La Decisión Marco de la UE cit. de 2002.

67. Cfr. MORALES PRATS, E./GARCÍA ALBERO, R., "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" (Libro Colectivo), 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 284.

68. Ampliamente, sobre todo ello, véase mi libro "El tráfico sexual de personas". Colección los delitos nº 36. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 70 ss.

DOCTRINA

cia o precontratos de trabajo⁶⁹, los transportistas, los agentes de viajes y cualesquiera otros intermediarios así como los que ofrecen cobertura económica o de otra clase al negocio⁷⁰ y, desde luego, los que colaboran mediante su vigilancia y control a la estancia forzada en nuestro país de las víctimas de este tráfico sexual⁷¹.

Se trata de actos de cooperación -estos y cualesquiera otros- que, en tanto supongan "un apoyo relevante"⁷² al tráfico sexual de personas, encuentran una indiscutible base penal. Más difícil de justificar resulta, a cambio, esa referencia legal expresa a las *formas indirectas* de su favorecimiento⁷³. En la propuesta originaria de formulación del precepto por parte del Consejo General del Poder Judicial no aparecía⁷⁴. Y más aún. La vieja pretensión de castigar al *cliente*, que pudiera ser la que quiere posibilitarse con esa fórmula extensiva de responsabilidad, es explícitamente rechazada en su Informe -"El riesgo ... de que ... se puedan incluir también a los "clientes" que demandan o utilizan los servicios de índole sexual, parece que queda obviado por una constante jurisprudencia que ha considerado siempre tal demanda como atípica y que ha entendido que ... los indicados clientes ... responderán sólo de las conductas de agresión o abuso sexual que, en su caso, cometan ..." ⁷⁵.

Y es que el intento de penalizar al cliente en tanto que beneficiario y, al mismo tiempo, *favorecedor de la continuidad del tráfico sexual* supera, con mucho, las legítimas pretensiones de la intervención penal⁷⁶. Su aportación -siempre indirecta- será, por lo general, insignificante⁷⁷ y, en todo caso, difícilmente determinable y cuantificable en relación a concretos e individualizados actos de tráfico. Una cuestión distinta es la posible responsabilidad que deba serle exigida por los actos particulares de abuso sexual que realice (art. 181 Cp.) u otros que no denuncie o no evite, teniendo el deber de hacerlo, vgr. detenciones ilegales, lesiones o la misma explotación forzada de la prostitución ..., (art.450,1) .

Frente al cliente, como frente a la sociedad misma que asiste indiferente ante esta inhumana forma de explotación de seres humanos se imponen, ante todo, estrategias de prevención, esto es, de concienciación y responsabilización acerca de la trascendencia de un fenómeno que, frente a lo que se cree, no es marginal⁷⁸, ni desde luego espontáneo, ya que descansa en una situación estructural de desigualdad, que garantiza la pobreza, la marginación y el abuso para sectores crecientes, siempre los más vulnerables, de la población mundial. Estamos, nada más y nada menos, que ante lo que se ha calificado como una de las más graves formas de esclavitud de nuestro tiempo⁷⁹.

69. Las califican de formas indirectas de favorecimiento, MORALES PRATS, E./GARCÍA ALBERO, R., "Comentarios ...", p. 284.

70. En este caso, tratándose de asociaciones ilícitas, podrán plantearse posibles relaciones concursales con el art. 518 del Código Penal.

71. Siempre que formen parte del plan común. En otro caso, responderán por su cooperación al ejercicio forzado de la prostitución del art. 188,1 Cp.. En ese sentido, correctamente, la STS. 2532/1999, de 10 de noviembre (véase, en particular, el tercero de sus fundamentos de derecho).

72. Así también, BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999 (1)", Actualidad Penal, núm. 35, 27 de septiembre de 1999, p.682.

73. Que, tras su inclusión en el Proyecto de reforma de 14 de octubre de 1997, no recibió comentario alguno por parte de las Enmiendas de los diferentes Grupos Parlamentarios que, por cierto, fueron muy escasas. En su mayoría, las correcciones fueron de estilo, véase vgr. la enmienda núm. 106 del Grupo Popular. Hoy se propone su incorporación al nuevo artículo 318 bis.

74. Así expresaba el Consejo su propuesta: "Con posterioridad a la solicitud del informe y aceptando sugerencias recibidas, se ha incorporado al artículo 188 un nuevo apartado 2 para castigar expresamente a quien favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de una persona con el propósito de su explotación sexual, con el fin de superar las posibles dudas sobre la inclusión de esta conducta en la descripción típica del apartado 1 de este artículo". Cfr. Nota sobre los Informes del Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del T. VIII del Libro II del Código Penal aprobado por LO. 10/1995, de 23 de noviembre, 24 de septiembre de 1997. Seguramente, la fuente inspiradora de esa inclusión fue la Resolución del Parlamento europeo de 16 de diciembre de 1997 con su referencia punitiva a "personas y organizaciones implicadas directa o indirectamente en la trata de mujeres".

75. En su informe a la propuesta de incorporación del art. 189 bis) por parte del Anteproyecto de reforma de 14 de mayo de 1997. "Nota sobre los informes...", de 24 de septiembre de 1997.

76. Sobre ello, críticamente, en mi artículo "Prostitución de las mujeres ...", pp. 177 ss.

77. Téngase en cuenta que, tratándose de menores y respecto de actos de prostitución individualizados, el Tribunal Supremo requiere, entre otras exigencias, el "carácter continuado" y no esporádico de la relación. Véase, en particular, su acuerdo plenario de 12 de febrero de 1999 en torno a esta cuestión. Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Estudio detallado de los contenidos de la reforma de 1999.(3) La reforma de los delitos relativos a la prostitución. Curso organizado por el CGPJ. acerca de los delitos contra la libertad sexual, Madrid, 20 a 22 de octubre de 1999.

78. En ese sentido, SAYLAN, T. "Prevention des causes de la traite de femmes et de la prostitution forcee: approches et actions (1)", Actes du Seminaire "La lutte contre la traite de femmes ...", (Strasbourg, 1991), pp. 118 ss. y 142. Sobre los diferentes "ámbitos de intervención activa", BRUSSA, L. "La prostitution ...", pp. 77 ss. Ampliamente, también, en el Encuentro Internacional cit. celebrado en Málaga en septiembre de 2002. En cuanto a las campañas de prevención de la demanda (clientes y clientes potenciales), véanse las recomendaciones recogidas en la Comunicación de la Comisión "Sobre nuevas medidas ...", (Bruselas 1998), p. 9.

79. Así figura, entre los "crímenes de lesa humanidad" (art. 7, aptdo 2 c), en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Roma. Lo que no significa admitir ab initio su competencia para entender de estos delitos en tanto que ello exigiría que se tratara de una práctica ejecutada de forma masiva o sistemática en el marco de una política estatal dirigida frente a la población civil. Más ampliamente, mi intervención en el Seminario "Duque de Ahumada" sobre "Crímenes contra la humanidad y genocidio", Ministerio de Interior, 2001, pp. 151 ss.

LEGISLACIÓN

REAL DECRETO 1131/2002, DE 31 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE REGULA LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS A TIEMPO PARCIAL, ASÍ COMO LA JUBILACIÓN PARCIAL⁸⁰

CAPÍTULO I

Ámbito de aplicación

Artículo 1. *Ámbito de aplicación.*

1. Lo establecido en el capítulo II de este Real Decreto será de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.
2. A efectos de las prestaciones que sean objeto de cobertura mediante convenio especial y por los períodos en que éste sea simultáneo con la realización de un trabajo a tiempo parcial, quedan excluidos de la aplicación de este Real Decreto:
 - a) Los trabajadores que, una vez suscrito un convenio especial, sean incluidos en el mismo régimen de la Seguridad Social, como consecuencia de un contrato a tiempo parcial.
 - b) Los trabajadores con contrato a tiempo parcial que suscriban el convenio especial, previsto en el artículo 13 de la Orden del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 18 de julio de 1991, reguladora del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

En los supuestos contemplados en los párrafos anteriores, las prestaciones se otorgarán con arreglo a las normas que las regulen para los trabajadores que presten servicios a tiempo completo.
3. Para el reconocimiento del derecho a las pensiones de jubilación parcial, se aplicará lo dispuesto en el capítulo III del presente Real Decreto.

CAPÍTULO II

Acción protectora de la seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial

SECCIÓN 1ª. DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 2. *Alcance de la acción protectora.*

1. De acuerdo con lo previsto en el párrafo primero del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, los trabajadores a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior están protegidos, frente a la totalidad de situaciones y contingencias que se hallen previstas con carácter general en el respectivo régimen de la Seguridad Social en el que figuren encuadrados, con las particularidades y condiciones establecidas en los artículos siguientes.
2. No obstante, en materia de protección por desempleo, será de aplicación su normativa específica conforme a lo establecido en la regla cuarta del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 3. *Períodos de cotización.*

1. Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales. Cuando para poder causar la prestación de que se trate, excepto las pensiones de jubilación e incapacidad permanente a las cuales será de aplicación lo establecido en el apartado 2 de este artículo, el período mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.
2. Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.

⁸⁰. Publicado en el BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2002, págs. 41643-41650. Se reproduce parcialmente.

LEGISLACIÓN

3. Los períodos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o descanso por maternidad, durante los que perviva el contrato de trabajo a tiempo parcial, así como los de percepción de la prestación por desempleo determinados por la suspensión o extinción de una relación laboral de ese tipo, tendrán la misma consideración, a efectos de lo previsto en los apartados anteriores, que el período de trabajo precedente a la baja médica, al descanso, a la suspensión o a la extinción del contrato, respectivamente.
4. El cómputo de los períodos que legalmente se asimilan a cotizados, que sucedan a períodos trabajados a tiempo parcial, se llevará a cabo de forma idéntica a la utilizada en relación con el último período trabajado.
5. Cuando el trabajador realice simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial en los términos señalados en el apartado 1 del artículo 1 se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades, tanto en las situaciones de pluriempleo como en las de pluriactividad en las que deba aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones.
6. En los supuestos previstos en los apartados anteriores, en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

SECCIÓN 2ª. NORMAS RELATIVAS A LOS SUBSIDIOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL, RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y DE MATERNIDAD.

Artículo 4. Incapacidad temporal.

1. Los trabajadores a que se refiere el apartado 1 del artículo 1 tendrán derecho a la prestación económica por incapacidad temporal, con las particularidades establecidas en el artículo anterior y en los apartados que siguen y que serán aplicables cualquiera que fuera el tiempo de permanencia en dicha modalidad contractual:
 - a) La base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. La prestación económica que corresponda se abonará durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal.
 - b) Cuando, por interrupción de la actividad, asuma la Entidad gestora o, en su caso, Entidad colaboradora el pago de la prestación, se calculará de nuevo la base reguladora de ésta. A dicho fin, la base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa

durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan. La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal.

- c) Cuando, por extinción del contrato de trabajo, el pago de la prestación haya de ser asumido directamente por la Entidad gestora o por la Entidad colaboradora, la cuantía de la prestación será equivalente a la que correspondería por prestación por desempleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social.
2. La aplicación de las reglas previstas en el párrafo a) del apartado anterior no afectará al cómputo del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, que, en todo caso, se realizará por referencia al número de días naturales de permanencia en la misma.

Artículo 5. Riesgo durante el embarazo.

Las trabajadoras a que se refiere el apartado 1 del artículo 1 podrán causar derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con la particularidad de que, a efectos de la determinación de la base reguladora y el abono de la prestación, se tendrá en cuenta lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo anterior.

Artículo 6. Maternidad.

1. Los trabajadores a que se refiere el apartado 1 del artículo 1 tendrán derecho a la prestación económica por maternidad con las particularidades establecidas en el presente Real Decreto.
 2. La base reguladora diaria de la prestación económica por maternidad será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre trescientos sesenta y cinco. De ser menor la antigüedad en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.
 3. El subsidio por maternidad se abonará durante todos los días en los que el trabajador permanezca en dicha situación, con la duración legalmente prevista para los períodos de descanso por las situaciones protegidas de maternidad, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente.
- (...)

LEGISLACIÓN

LEY FORAL DEL GOBIERNO DE NAVARRA 33/2002, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE FOMENTO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES⁸¹

EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO DE NAVARRA

Hago saber que el Parlamento de Navarra ha aprobado la siguiente Ley Foral de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Artículo 1. *Objetivos y medidas en materia de sensibilización.*

1. En materia de sensibilización el Gobierno de Navarra y los organismos y entidades dependientes del mismo se plantean los siguientes objetivos:

- a) La sensibilización en materia de igualdad de género de todos los estamentos de la Administración, tanto políticos como funcionariado.
- b) Sensibilización a la sociedad navarra en materia de igualdad de género.
- c) La incorporación de la perspectiva de género en todas las actuaciones de la Administración.
- d) La adecuación del ordenamiento jurídico navarro a las distintas normativas emanadas del ámbito internacional en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- e) La investigación y difusión de la legislación y de la jurisprudencia existente en materia de igualdad.

2. Para la consecución de estos objetivos se llevarán a la práctica las siguientes medidas:

- a) Programación de cursos, jornadas, seminarios, en materia de igualdad de género y buenas prácticas para todo el personal de la Administración.
- b) Revisión de los documentos emanados por la Administración para la eliminación del lenguaje sexista en los mismos, así como en la legislación navarra vigente.
- c) Adopción de medidas para garantizar que los estudios, publicaciones y publicidad que realizan las distintas Administraciones no contengan elementos de discriminación en el uso del lenguaje, así como elaboración y difusión de materiales orientativos para el uso no sexista de un lenguaje administrativo que faciliten y garanticen la uniformidad de estilo en las publicaciones de la Administración.
- d) Se incluirá en los baremos de acceso a la función pública la realización de cursos en materia de igualdad de género.
- e) Se incluirá en los baremos de los concursos de contratación por parte de la Administración de empresas

para la ejecución de servicios públicos, la realización de buenas prácticas en materia de género por parte de dichas empresas.

- f) Se promocionará la creación de Concejalías de la Mujer y de actividades en pro de la igualdad de género en los Ayuntamientos navarros, a través de campañas, y otros recursos, en colaboración con la Federación Navarra de Municipios y Concejales.
- g) Anualmente se dotará económicamente en los Presupuestos Generales de Navarra cuantía suficiente para poner en práctica las medidas que se desarrollen en cumplimiento de la presente Ley Foral.
- h) Revisión del ordenamiento jurídico navarro para introducir cambios en función de las Directivas de la Unión Europea y de las normas emanadas de la Comunidad internacional en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- i) Se realizará un seguimiento periódico en aplicación de las normas que afecten a las mujeres, analizando las sentencias al respecto por los Tribunales de la Comunidad Foral. Realización de campañas de concienciación constantes en los medios de comunicación y otros lugares públicos y privados.
- j) Se fomentará el asociacionismo en pro de la igualdad de género y se apoyará económica o a través de otros recursos a las asociaciones que trabajen en este campo.
- k) Se implicará en las tareas de desarrollo de la presente Ley Foral a las asociaciones que trabajan en materia de género, en particular a las representadas en el Consejo Navarro de la Mujer.
 - l) Se realizarán estudios sobre aspectos que afecten a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para la posterior toma de decisiones y actuaciones en materia de concienciación social.
 - m) Se promoverá la formación de agentes y promotores y promotoras para la igualdad de oportunidades, a fin de desarrollar acciones positivas en materia de empleo, educación, cultura, etc.

Artículo 2. *Objetivos y medidas en materia de participación social y política.*

En materia de participación social y política, el Gobierno de Navarra y los órganos y entidades dependientes del mismo, se plantean como objetivo el fomento e incremento de la participación de las mujeres en la vida social y política.

⁸¹ Publicada en el Boletín Oficial de Navarra núm. 150, de 13 de diciembre de 2002, págs. 10730-10731 y, posteriormente, en el BOE núm. 13, de 15 enero 2003, págs. 1880-1881.

LEGISLACIÓN

Para la consecución del objetivo anterior, se llevarán a cabo las siguientes medidas:

- a) Se impulsarán campañas de fomento del asociacionismo de mujeres que tengan como finalidad la búsqueda de participación social igualitaria entre mujeres y hombres, teniéndose muy en cuenta aquellas zonas de Navarra en las que las mujeres tienen menor nivel asociativo.
- b) Se impulsará la presencia igualitaria de hombres y mujeres en los órganos decisorios y ejecutivos de las entidades o asociaciones, a través de campañas.
- c) Se promocionará la presencia de mujeres en los órganos de decisión de los partidos políticos, así como en las candidaturas con que concurren a las elecciones, y a aquellas fuerzas políticas que aumenten la presencia femenina en las candidaturas.
- d) Se programarán campañas en los medios de comunicación, destinadas a toda la sociedad, sobre la importancia y la necesidad de la participación social y política de las mujeres.

Yo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, promulgo, en nombre de S.M. el Rey, esta Ley Foral, ordeno su inmediata publicación en el «Boletín Oficial de Navarra» y su remisión al «Boletín Oficial del Estado» y mando a los ciudadanos y a las autoridades que la cumplan y la hagan cumplir.

Pamplona, veintiocho de noviembre de dos mil dos.

El Presidente del Gobierno de Navarra, Miguel Sanz Sesma.

COMENTARIO A LA LEY FORAL 33/2002, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE FOMENTO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES.

EL 15 DE ENERO DE 2003 SE PUBLICA EN EL BOE LA LEY FORAL 33/2002, DE 28 DE NOVIEMBRE DE FOMENTO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.

Desde hace relativamente poco tiempo, no más de dos años, se viene desarrollando por parte de las CC.AA. una específica legislación de desarrollo del artículo 9.2 de la Constitución, que como medidas de desigualdad compensatoria, intentan poner en marcha mecanismos legales de igualdad.

Esta proliferación es tanto mayor cuanto por parte de cada Comunidad Autónoma, en lugar de optar por una ley integral de la mujer, que contemple la regulación de todos aquellos aspectos que incumben al género, se viene desarrollando parcialmente esta desigualdad compensatoria. Hace solamente unos meses, el 20 de agosto de 2002, se publicaba en el BOE la ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, por la

que en esa misma Comunidad Autónoma, se regulaban aspectos concretos de esa igualdad de oportunidades.

Esta profusión legislativa en consecuencia en buena parte de la ausencia de una ley estatal de los derechos de la mujer, que desde sus aspectos básicos, debía haber regulados unas condiciones mínimas de igualdad, para permitir que por parte de las CC.AA. se desarrollaran luego todos aquellos aspectos que competencialmente correspondieran a las CC.AA. al no haberse llevado a cabo una ley estatal, tanto el propio Estado como las CC.AA. de éste, llevan a cabo una proliferación legislativa que en algunos casos puede llegar a producir el desconcierto, y en otros, el desconocimiento de todas estas normas por su cantidad. En cualquier caso, siempre producirán efectos positivos, y desde luego, mejor abundancia en este caso que ausencia legislativa, pero sería muy deseable que por parte del legislador estatal se tomara cuenta de esta situación para permitir un desarrollo ordenado de la normativa de género en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo demás, el contenido de estas leyes es esencialmente descriptivo, con abundancia de consideraciones respecto de los principios que inspiran estas normas, pero con un desarrollo legislativo parco y escueto que a veces no llega ni a tres artículos. Este es el caso de la ley que comentamos. Sin exposición de motivos ni preámbulo, la ley entra directamente a regular en dos artículos, las condiciones de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. En el artículo primero se enumeran los objetivos de sensibilización en esa igualdad de oportunidades, desde la posición de la sociedad, de la administración, y de la jurisprudencia y legislación. Para la igualdad de oportunidades, se señalan como actuaciones una serie de medidas que se consideran idóneas para la consecución de esta igualdad: eliminación del lenguaje sexista, baremos de acceso, dotaciones presupuestarias, campañas de concienciación, estudios, y seguimiento de todas estas medidas.

El artículo segundo mantiene sin solución de continuidad la enumeración de otra serie de medidas acerca de la participación social y política de las mujeres y su promoción en los medios de comunicación.

Pero esta ley, y otras de similar formato, recuerdan los anteriores planes de igualdad de las Administraciones estatales y autonómicas. No refieren un contenido normativo claro que nos permita acudir en su momento a exigir su aplicación individual a un supuesto de hecho concreto. Por esta razón, estas leyes no se ajustan a las exigencias de coerción, generalidad y vinculación a los poderes públicos, propias de las normas con rango de ley, y evidencia más bien, una labor cosmética, o en todo caso de real interés, por la igualdad de la mujer, pero sin una clara conceptualización jurídica. De cualquier forma siempre hay que elogiar, técnica legislativa aparte, la iniciativa de avanzar en la lucha por la igualdad de la mujer. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

LEGISLACIÓN

DECRETO 3/2003, DE 21 DE ENERO, DEL CONSELL DE LA GENERALITAT, POR EL QUE SE CREA EL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIONES POR ALIMENTOS DE LA GENERALITAT VALENCIANA⁸²

Texto de la disposición:

DECRETO 3/2003, de 21 de enero, del Consell de la Generalitat, por el que se crea el Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos de la Generalitat.

El artículo 31.24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana confiere a la Generalitat competencia exclusiva en materia de asistencia social.

En función de esta facultad, el presente decreto crea el Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos de la Generalitat, cuya finalidad es atender la situación de necesidad económica producida en caso de impago de la pensión de alimentos determinada por el juez mediante auto de medidas provisionales, aprobación del convenio regulador, o sentencia -firme o no- dictada en procesos de nulidad, separación o divorcio.

Se considera situación de necesidad familiar a este respecto que los perjudicados por la falta de pago no dispongan de otro medio de subsistencia o que éste sea de cuantía insuficiente.

Dados estos casos, los perjudicados serán beneficiarios de la posibilidad de acceder a un anticipo de una entidad financiera, sin otra garantía, por importe máximo equivalente a la pensión determinada por el juez, impagada y reclamada su ejecución en vía judicial.

En su virtud, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, de Gobierno Valenciano, a propuesta del conseller de Economía, Hacienda y Empleo, y previa deliberación del Consell de la Generalitat, en la reunión del día 21 de enero de 2003,

DECRETO

Artículo 1. Objeto

1. El objeto del presente decreto es la creación del Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos de la Generalitat.
2. Este Fondo tiene como finalidad garantizar a los hijos la percepción de aquellas cantidades que, en concepto de pensión por alimentos, haya reconocido en su favor una resolución judicial en procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, o de ruptura de la convivencia familiar, en caso de incumplimiento de la obligación de pago de dichas cantidades por el progenitor obligado a ello, y sean reclamadas en vía judicial.
3. En los términos previstos por este decreto, los afectados dispondrán de la posibilidad de acceder a un anticipo de

una entidad financiera colaboradora de la Generalitat, por importe máximo equivalente a la pensión determinada por el juez, impagada y reclamada su ejecución en vía judicial, entretanto no se produzca la finalización judicial relativa a la ejecución forzosa del impago.

Artículo 2. Beneficiarios

1. Podrán ser beneficiarios del Fondo, en los términos y condiciones previstos en este decreto, los hijos, empadronados en la Comunidad Valenciana al menos un año antes de la fecha de solicitud, de matrimonios o uniones de hecho a quienes una resolución judicial, emanada de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Valenciana, haya reconocido el derecho a recibir una pensión por alimentos, en los términos y condiciones previstos en este decreto.
2. Podrán solicitar la inclusión de beneficiarios en el Fondo:
 - a) Los hijos mayores de edad.
 - b) Los progenitores o tutores a cuyo cargo estén los menores de edad o mayores incapacitados, conforme a la resolución judicial que declare su derecho a percibir una pensión por alimentos o, en su caso, a una resolución judicial posterior que ratifique o modifique la anterior.

Artículo 3. Requisitos para acceder al Fondo

Para acceder al Fondo es necesario reunir simultáneamente y acreditar suficientemente los siguientes requisitos:

- a) Tener el derecho a la percepción de una pensión por alimentos, reconocida en una resolución judicial susceptible de ejecución, aunque sea provisional.
- b) Haber sido admitida por el juez la ejecución forzosa de la resolución judicial correspondiente por impago de pensión alimenticia.
- c) Que la unidad familiar a la que pertenezca el beneficiario carezca de medios de subsistencia o éstos sean insuficientes. A los efectos de este decreto, se considerarán insuficientes los ingresos que, por todos los conceptos, no superen la suma de los mínimos personales y familiares que, para cada anualidad, establecen las normas reguladoras del IRPF, correspondientes a los beneficiarios y, en su caso, al progenitor a cuyo cargo se encuentren.

Artículo 4. Presentación, tramitación y resolución de solicitudes

1. Las solicitudes para acceder al Fondo, junto a la docu-

⁸². Publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana núm. 4429, de fecha 30.01.2003.

LEGISLACIÓN

mentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos, se dirigirán a los delegados territoriales del Gobierno Valenciano, los cuales las examinarán y estimarán, en su caso, las mismas mediante resolución motivada.

2. En caso de estimación, la resolución determinará el o los beneficiarios, la cantidad a percibir reconocida por la Generalitat como anticipo de las entidades financieras colaboradoras de la Generalitat a la que podrá dirigirse el o los beneficiarios.
3. El beneficiario, o las personas de las que éste dependa, podrán presentar solicitudes sucesivas ante nuevos impagos del progenitor obligado a ello. Cada nueva solicitud, que deberá reunir los requisitos previstos en el artículo anterior, dará lugar a una resolución específica, aceptando o denegando aquella, o, en su caso, la ampliación de la resolución inicial.

Artículo 5. Derechos del beneficiario

Reconocido por la Generalitat el acceso al Fondo, el beneficiario podrá dirigirse a una de las entidades financieras colaboradoras de la Generalitat con las que se haya suscrito el correspondiente acuerdo y presentará la resolución correspondiente, que será título suficiente para, en función de la misma, obtener un anticipo equivalente a la cantidad que en ella se establezca.

Artículo 6. Obligaciones del beneficiario

1. Reconocido por la Generalitat el acceso al Fondo, el beneficiario está obligado a:
 - a) Comunicar de inmediato a los delegados territoriales del Gobierno Valenciano cualquier trámite o decisión producida en el proceso judicial del que traiga causa, directa o indirectamente, el reconocimiento del beneficio y que afecte o pueda afectar a la pensión alimenticia acordada.
 - b) Realizar cuantas acciones sean precisas en vía judicial para conseguir el cobro de las cantidades reclamadas por impago de la pensión por alimentos y reconocidas por la Generalitat en el marco del Fondo.
 - c) Comunicar de inmediato a los delegados territoriales del Gobierno Valenciano cualquier variación en la situación que dio origen a su inclusión en el Fondo, en especial, el pago, judicial o extrajudicial, por el obligado a ello de las cantidades adeudadas, a fin de reembolsar al Fondo en el plazo máximo de un mes las cantidades cobradas.
 - d) Cumplir todas las condiciones que recoja la resolución o resoluciones aceptando su entrada en el Fondo o ampliando las cantidades a percibir del mismo.
 - e) Cumplir cualquier requerimiento de datos o documentación realizada por la administración de la Generalitat.
 - f) Restituir las cantidades indebidamente reconocidas por el Fondo y anticipadas por las entidades financieras.

g) Autorizar expresamente a la Generalitat a incorporar sus datos al correspondiente fichero de datos de carácter personal y a recabar cuantos datos resulten necesarios para la comprobación y seguimiento de la situación de necesidad económica familiar ante otras Administraciones Públicas.

2. El incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en las resoluciones o de lo establecido en este decreto podrá dar lugar, previa audiencia del interesado, a una resolución que determine el fin de las prestaciones del Fondo con las siguientes consecuencias:
 - a) Devolver las cantidades reconocidas por el Fondo y anticipadas por las entidades financieras.
 - b) Abonar las cantidades subvencionadas por los intereses bancarios generados hasta la devolución de las mismas, desde el momento en que se haya producido el incumplimiento.
 - c) Abonar intereses de demora de las cantidades subvencionadas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat.
 - d) Perder el derecho reconocido por la Generalitat en otras resoluciones a percibir cantidades distintas a cargo del Fondo.
 - e) No ser admitidas por la Generalitat futuras solicitudes para entrar en el Fondo.

Artículo 7. Atribuciones de la Generalitat

En el marco de este decreto, corresponde a la Generalitat:

- a) Requerir de los beneficiarios, con carácter periódico o no, cuantos datos y documentación estime oportuno, a fin de verificar el cumplimiento de sus obligaciones. Realizar visitas o citar a los beneficiarios para entrevistas.
- b) Realizar de oficio las comprobaciones que proceda, directamente o mediante solicitud de datos a la administración de Justicia, Seguridad Social, Administración Tributaria, Ayuntamientos y cuantas Administraciones y entidades precise para asegurar el adecuado destino de las cantidades del Fondo.
- c) Establecer las condiciones que procedan en las resoluciones de las solicitudes, así como resolver, en su caso, la devolución al Fondo de cantidades indebidamente percibidas o no reintegradas cuando proceda, en los términos previstos en este decreto, incluida la salida del Fondo.

Artículo 8. Obligaciones de la Generalitat

En el marco de este decreto, la Generalitat se obliga a:

- a) Resolver con celeridad las solicitudes de entrada en el Fondo, así como cualquier variación de circunstancias que se produzca.
- b) Facilitar a los beneficiarios, mediante anticipo de una entidad financiera colaboradora de la Generalitat, las cantidades que el Fondo les haya reconocido.
- c) Asumir, a su costa, los intereses bancarios que generen estas cantidades, salvo que se produzca algún incumpli-

LEGISLACIÓN

miento por parte del beneficiario de sus obligaciones.

- d) Asumir, a su costa, la falta de cobranza de parte o de la totalidad de las cantidades debidas por el progenitor obligado, en aquellos casos en que la Generalitat considere que el beneficiario ha llevado a cabo todas las acciones precisas en vía judicial para conseguir el cobro de las cantidades reclamadas sin éxito.

En todo caso, los delegados territoriales del Gobierno Valenciano habrán de declarar esta situación mediante resolución expresa y motivada.

Artículo 9. Finalización de las prestaciones del Fondo

1. Dará lugar a la finalización de las prestaciones del Fondo, en todo caso, mediante resolución expresa y motivada:
 - a) La devolución por el beneficiario a las entidades financieras de las cantidades recibidas del Fondo, una vez cobradas, judicial o extrajudicialmente, del progenitor obligado al pago.
 - b) La asunción por la Generalitat de la imposibilidad del beneficiario de cobrar las cantidades debidas por el progenitor obligado al pago, conforme a lo establecido en el artículo 8. d).
2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 6.2, la comprobación por la Generalitat de cualquier incumplimiento de las obligaciones que corresponden al beneficiario podrá dar lugar, en función de las circunstancias, a la finalización de las prestaciones del Fondo.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Colaboración con los órganos judiciales

La Generalitat suscribirá, en su caso, los oportunos convenios con los órganos competentes del poder judicial, con objeto de facilitar la colaboración y comunicación en la materia objeto de este decreto.

Segunda. Acuerdos con entidades financieras

La Generalitat suscribirá, en su caso, los oportunos acuerdos con entidades financieras, con objeto de que éstas anticipen a los beneficiarios las cantidades que determine el Fondo conforme a las resoluciones que procedan.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Modificaciones presupuestarias

Se autoriza a la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo para realizar, en el plazo de seis meses después de su entrada en vigor, las modificaciones técnicas que sean necesarias en la estructura, contenido y distribución de los créditos del Presupuesto de la Generalitat, para la dotación del

presupuesto anual en los capítulos 3 y 9 de la sección 19ª, para las cantidades de subvención de los intereses y de la provisión por fallidos, correspondiente al volumen de los créditos que pueda alcanzar el Fondo establecido en el presente decreto.

Segunda. Desarrollo

Se autoriza al presidente de la Generalitat y al conseller de Economía, Hacienda y Empleo para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo del presente decreto.

Tercera. Entrada en vigor

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

Valencia, 21 de enero de 2003

*El Presidente de la Generalitat, José Luis Olivás Martínez.
El conseller de Economía, Hacienda y Empleo,
Vicente Ramba Momplet.*

COMENTARIO AL DECRETO 3/2003, 21 DE ENERO, DEL CONSELL DE LA GENERALITAT, POR EL QUE SE CREA EL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIONES POR ALIMENTOS DE LA GENERALITAT

El incumplimiento de las pensiones derivadas de una ruptura matrimonial constituye un problema social al que hasta el momento no se ha conseguido dar una solución adecuada. La persistencia del fenómeno, se traduce en la realidad en graves situaciones de desequilibrio económico e incluso de auténtico desamparo para quienes dependen de las prestaciones incumplidas⁵³. La escasa efectividad práctica de los mecanismos judiciales, civiles y penales, para garantizar el pago de las prestaciones económicas reconocidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad, así como las situaciones de necesidad creadas por el incumplimiento de los pagos debidos, obligan a buscar otras vías capaces de dar respuesta a la problemática planteadas.

A pesar de que resulta evidente, que el Estado no puede garantizar todas y cada una de las obligaciones surgidas en las relaciones privadas de los miembros de la sociedad, sin embargo el interés social implicado en el impago de tales prestaciones económicas puede justificar una inter-

53. Vid. SILLERO CROVETTO, B. y LAURENZO COPELLO, P., El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial. Estudio de los casos registrados en los Juzgados de Málaga en el periodo 1992/1993, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 1996.

LEGISLACIÓN

vención pública en la esfera privada⁸⁴. Se trata de dar respuesta desde los Poderes Públicos a la situación de necesidad que de hecho, genera el incumplimiento de las pensiones por alimentos⁸⁵.

Y en este marco encontramos el DECRETO 3/2003, de 21 de enero, del Consell de la Generalitat, por el que se crea el Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos de la Generalitat, en función de la competencia exclusiva que el artículo 31.24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana confiere a la Generalitat en materia de asistencia social.

Su finalidad es atender a la situación de necesidad económica producida en caso de impago de la pensión de alimentos determinada por el juez mediante auto de medidas provisionales, aprobación del convenio regulador, o sentencia -firme o no- dictada en procesos de nulidad, separación o divorcio, o de ruptura de la convivencia familiar. Se trata de garantizar a los hijos la percepción de aquellas cantidades que, en concepto de pensión por alimentos haya reconocido en su favor una resolución judicial en procesos matrimoniales, en caso de incumplimiento de la obligación de pago de dichas cantidades por el progenitor obligado a ello, y sean reclamadas en vía judicial. En este sentido, los afectados dispondrán de la posibilidad de acceder a un anticipo, sin otra garantía, de una entidad financiera colaboradora de la Generalitat, por un importe máximo equivalente a la pensión determinada por el juez, impagada y reclamada su ejecución en vía judicial, entretanto no se produzca la finalización relativa a la ejecución forzosa del impago.

Para ello la Generalitat suscribirá los oportunos acuerdos con entidades financieras, con objeto de que éstas anticipen a los beneficiarios las cantidades que determine el Fondo conforme a las resoluciones que procedan, así como para la dotación del Presupuesto de la Generalitat, para las cantidades de subvención de los intereses y de la provisión por fallidos correspondientes al volumen de los créditos que pueda alcanzar el Fondo.

Del texto del articulado del presente Decreto, resulta llamativo en primer lugar la denominación "Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos", cuando lo que el artículo 5 reconoce al beneficiario es poder dirigirse a una entidad financiera, y presentada la resolución correspondiente,

obtener un anticipo equivalente a la cantidad que en ella se establezca. Obligándose la Generalitat, según dispone el art. 8 c) a asumir, a su costa, los intereses bancarios que generen estas cantidades... y d) asumir, a su costa, la falta de cobranza de parte o de la totalidad de las cantidades debidas por el progenitor obligado, en aquellos casos en que la Generalitat considere que el beneficiario ha llevado a cabo todas las acciones precisas en vía judicial para conseguir el cobro de las cantidades reclamadas sin éxito. Lo que se asume son "las cantidades de subvención de los intereses y la provisión de fallidos".

La diferencia con lo que realmente podríamos considerar un Fondo de Garantía, se constata a partir de que el supuesto de hecho no conlleva que la Administración Pública anticipe las cantidades adeudadas y se subrogue en los créditos de los acreedores, actuando las acciones legales de que ellos disponen hasta obtener el resarcimiento de lo pagado, solución que postulamos más eficaz, por cuanto que la Administración Pública subrogada en la posición del acreedor puede recuperar en vía de regreso contra el deudor una parte importante de las prestaciones que sean satisfechas porque en su actuación goza de mayores medios y de más tiempo.

Por otra parte, las solicitudes para acceder al "Fondo"...se dirigirán a los delegados territoriales del Gobierno Valenciano (art. 4) y reconocido por la Generalitat el acceso al "Fondo", se le imponen al beneficiario, en el art. 6 obligaciones tales como: "realizar cuantas acciones sean precisas en vía judicial para conseguir el cobro de las cantidades reclamadas por impago de la pensión por alimentos y reconocidas por la Generalitat en el marco del Fondo" o "autorizar expresamente a la Generalitat a incorporar sus datos al correspondiente fichero de datos de carácter personal y a recabar cuantos datos resulten necesarios para la comprobación y seguimiento de la situación de necesidad económica familiar ante otras Administraciones Públicas". Corresponde, según dispone el art. 7, a la Generalitat: "requerir a los beneficiarios, con carácter periódico o no, cuantos datos y documentación estime oportuno, a fin de verificar el cumplimiento de sus obligaciones. Realizar visitas o citar a los beneficiarios para entrevistas".

Estamos ante una norma, que pretende amparar y atender a las situaciones de necesidad derivadas de la negativa del obligado al pago de alimentos establecidos a favor de los

⁸⁴ En este sentido hay que tener presente el artículo 39 de nuestra Constitución que establece entre los principios rectores de la política social y económica de los Poderes Públicos, la protección económica de la familia, y es que una protección económica familiar eficaz tiene que garantizar que los alimentos declarados a favor de los hijos, tengan realidad efectiva en los supuestos en que el incumplimiento genera de hecho, situaciones de necesidad; así como la protección prevista para los niños en diferentes Convenios Internacionales, especialmente en la Declaración de la O.N.U. de 20 de noviembre de 1959, y en particular, la Recomendación 869 de 1979 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que invitaba a los Gobiernos a incorporar en sus legislaciones internas la necesidad de que los propios Estados garanticen el pago de las pensiones para alimentos de los hijos menores no emancipados establecidas por medio de resolución judicial relativa a la ruptura matrimonial, y establecía una compensación económica a cargo de los Estados, como adelanto en caso de incumplimiento del pago de la pensión de alimentos por parte del cónyuge obligado a hacerlo. Solución ésta que ya ha tenido eco a nivel internacional.

⁸⁵ Como respuesta desde los Poderes Públicos cabría la creación en nuestro país de un Fondo de Garantía de Pensiones, solución asumida por el Grupo Parlamentario Socialista con las Proposiciones de Ley sobre Fondo de Garantía del Pago de Alimentos presentadas el 29 de mayo de 1996 (n.º expte. 122/23), 25 de marzo de 1999 (n.º expte. 122/265), 5 de abril de 2000 (n.º expte. 122/1) y más recientemente el 27 de junio de 2002. Asimismo, en octubre de 1996, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales elaboró un Borrador de Anteproyecto de Ley del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, con la que "se intenta subsanar de forma rápida situaciones extremas a las que se ven sometidas las familias monoparentales, anticipando, en casos de grave necesidad, parte de las deudas derivadas de los impagos".

LEGISLACIÓN

hijos. Sin embargo, su contenido no responde en absoluto a dicho fin, imponiendo una serie de requisitos y obligaciones al beneficiario, para en último término obtener de una entidad financiera un anticipo sin intereses, asumiendo los mismos la Generalitat, así como el impago del capital, ante la imposibilidad del beneficiario de cobrar las cantidades debidas por el progenitor obligado al pago. No se da respuesta, cobertura ni solución con la presente norma a las graves situaciones de necesidad y precariedad que provoca el incumplimiento del pago de alimentos. Se controla al beneficiario pero no se persigue el reintegro del obligado. Es por ello que, además de no garantizar ni dar respuesta, al menos suficiente, a este grave problema social, ni siquiera se arbitran las medidas necesarias tendentes a recuperar las cantidades abonadas.

Por último, los afectados dispondrán de la posibilidad de acceder a un anticipo por un importe máximo equivalente a la pensión determinada por el juez, impagada y reclamada su ejecución en vía judicial. Luego la cuantía de los anticipos no podrá exceder, del importe de los alimentos efectivamente reconocidos por el juez, pero será la resolución de los delegados territoriales del Gobierno

Valenciano la que determinará el o los beneficiarios, la cantidad a percibir reconocida por la Generalitat como anticipo de las entidades financieras colaboradoras de la Generalitat a la que podrá dirigirse el o los beneficiarios, con lo que hubiera sido oportuno establecer criterios para la determinación del importe de los anticipos, tales como las pensiones mínimas contempladas por la normativa vigente para casos similares, por asimilación, las pensiones de orfandad.

De lo expuesto podemos concluir que con esta iniciativa la Comunidad Valenciana, en el marco de la competencia exclusiva que su Estatuto de Autonomía confiere a la Generalitat en materia de asistencia social, demuestra su preocupación por el problema derivado del impago de las pensiones de alimentos, lo que nos permite augurar de nuevo que, en tiempo relativamente rápido pueda ser una realidad en nuestro país la creación de un Fondo de Garantía para atender, al menos en parte, los problemas originados por el impago de las pensiones de alimentos. (BLANCA SILLERO CROVETTO, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 5/2003, DE 20 DE ENERO DE 2003. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ANULACIÓN, PARA RESTABLECER A LAS TRABAJADORAS EN SUS DERECHOS, POR DESPIDO DISCRIMINATORIO

TEXTO DE LA SENTENCIA⁵⁶

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3756/99, promovido por doña Azucena Puch Abad y por doña Olga Pinilla Zamora, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Mateo Herranz y asistidas por el Letrado don Abdón Pedrajas Moreno, contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 1999, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por KENCI, S.A., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, de 27 de enero de 1999, recaída en autos sobre tutela de derechos fundamentales, seguidos a instancia de las hoy actoras contra la referida empresa. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte la empresa KENCI, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Sofía Pereda Gil y asistida del Letrado don Amadeo Sala Hess. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

(...)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Las demandantes de amparo impugnan la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 1999, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por KENCI, S.A., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, de 27 de enero de 1999, recaída en autos sobre tutela de derechos fundamentales, seguidos a instancia de las hoy actoras contra la referida empresa. Las Sras. Puch Abad y Pinilla Zamora imputan a la resolución recurrida una doble vulneración de sus derechos fundamentales: por una parte, consideran infringido el art. 14 CE, por entender que la sanción disciplinaria impuesta por la empresa KENCI, S.A., carecía de toda justificación objetiva y razonable, teniendo un claro carácter de represalia, encaminada a perpetuar el trato discriminatorio ya dispensado por vía del despido que fue declarado nulo por vulnerar el art. 14 CE. Por otra parte, afirman que también se ha producido la vulneración del art. 24 CE porque las sanciones impuestas por la empresa suponen un intento más de hacer inefectiva la tutela judicial que las demandantes de amparo venían

obteniendo, dejando de acatar los mandatos judiciales dirigidos a la propia empresa y vaciando de contenido resoluciones judiciales firmes que reconocían derechos a favor de las actoras, aspecto éste que, pese a ser reconocido por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, se desconoce en la Sentencia impugnada. Por su parte, la representación de KENCI, S.A., afirma que el recurso no debe ser admitido, por no haberse agotado la vía judicial procedente, dado que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid era susceptible de recurso de casación para unificación de doctrina, que no ha sido interpuesto por las recurrentes. En cuanto al fondo del asunto señala la referida empresa que está en su justo derecho al establecer las reglas organizativas del trabajo para racionalizar el esfuerzo, incluida la movilidad de los trabajadores, de forma que obró con arreglo a Derecho al requerir a las recurrentes para que se incorporaran al centro de trabajo de Barcelona. Por consiguiente, con su negativa injustificada a dicho requerimiento de incorporación se hicieron legalmente acreedoras de la sanción disciplinaria que les fue impuesta, lo que priva de razón al amparo solicitado. Finalmente, el Ministerio Fiscal ha interesado el otorgamiento del amparo. Señala que la referencia al art. 14 CE es meramente marginal, por tener como antecedente el presente litigio un despido que fue considerado discriminatorio por razón de sexo, lo que determinó su nulidad. Entiende, por ello, que no es el expresado precepto el que se ha de considerar vulnerado, sino el art. 24 CE, pues la sanción impuesta por el empresario a las actoras fue más allá de su poder disciplinario; ya que lo que pretendía era despojar de efectividad la decisión judicial que autorizaba a las trabajadoras a permanecer inactivas cobrando sus salarios, para impedir que la ejecución provisional se llevara a cabo de forma contraria a la pretendida por la propia empresa. Además, imponía a las trabajadoras la carga de acceder una y otra vez a los órganos judiciales, dada su absoluta indiferencia respecto de los pronunciamientos habidos, tornando en estériles las sucesivas decisiones judiciales, con actos que impedían su estricta ejecución.

2. Antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo, es preciso abordar el examen de la causa de inadmisión que ha sido alegada por la representación de KENCI, S.A. Ésta plantea la falta de agotamiento de la vía judicial previa porque, según afirma, en la Sentencia de 6 de julio de 1999 se hace constar que contra ella cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, sin que haya sido interpuesto por las recurrentes, lo que determina el incumplimiento de la exigencia del art. 44.1 a) LOTC, con la consiguiente necesidad de aplicar la causa de inadmisión del art. 50.1 a) de la misma Ley. De acuerdo con una reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la necesaria salvaguardia del carácter subsidiario del recurso de amparo exige el agotamiento previo de todos los recursos utilizables en la vía judicial, por lo que, siempre que exista un

⁵⁶ El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico.

recurso o remedio procesal susceptible de ser utilizado, y adecuado por su carácter o naturaleza para tutelar o dar reparación al derecho fundamental que se considere vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de acudir al Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 105/2001, de 23 de abril, FJ 2; y 119/2002, de 20 de mayo, FJ 2); doctrina que ha sido reiteradamente aplicada a la previa formalización del recurso de casación para unificación de doctrina (SSTC 93/1997, de 8 de mayo, FJ 2; 183/1998, de 17 de diciembre, FJ 2; 173/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; y 183/2000, de 10 de julio, FJ 2). Ahora bien, también hemos dicho que la exigencia de agotar la vía judicial procedente no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo, requiriéndose, además, que su falta de utilización tenga origen en la conducta voluntaria o negligente de la parte o de los profesionales que le prestan su asistencia técnica (SSTC 5/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2). En aplicación de la doctrina expuesta, la alegación de la empresa demandada debe decaer, pues las recurrentes afirmaron en su demanda de amparo que contra la Sentencia aquí impugnada no les era posible interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, afirmación que la empresa no desmiente y frente a la cual se limita a señalar la supuesta e incondicional exigencia de hacerlo, habida cuenta de la mención que se incluye al final de la resolución judicial en cuanto a la indicación en la notificación de los recursos que contra ella pueden interponerse. Sin embargo, la empleadora no aporta ningún dato o elemento de juicio del que deducir claramente la viabilidad de aquel recurso y que permitiera poner en evidencia la falta de agotamiento que alega. En efecto, KENCI, S.A., no ha justificado la existencia de Sentencias contradictorias con la que se impugna, ni una identidad de hechos que pudiera hacer pensar en la indubitada procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina con carácter previo a la interposición del amparo. Y no se puede olvidar que, como este Tribunal ha afirmado, no basta la alegación abstracta de la procedencia del recurso, correspondiendo a quien pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad el acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto, debiéndose abstener de efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso (SSTC 107/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 142/2001, de 18 de junio, FJ 2; 171/2001, de 19 de julio, FJ 2; y 119/2002, FJ 2). La omisión de esta carga por parte de la demandada lleva aparejada la desestimación de la causa de inadmisión alegada.

3. Despejado el anterior óbice procesal, podemos adentrarnos en el examen de las presuntas vulneraciones de sus derechos fundamentales aducidas por las demandantes de amparo. A tal efecto, es preciso tomar en consideración algunos datos de hecho que ofrecen las actuaciones remitidas. La empresa demandada comunicó a las demandantes de amparo la extinción de su relación laboral con efectos de 30 de septiembre de 1996, aduciendo motivos organizativos. Frente a esta decisión las actoras promovieron proceso por despido, en el que el Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid dictó Sentencia declarando el despido improcedente. Interpuesto recurso de suplicación por las demandantes y la

demandada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó parcialmente el de las primeras y revocó la Sentencia de instancia, declarando nulo el despido por violación del derecho a no ser discriminadas por razón de sexo, condenando a KENCI, S.A., a la readmisión inmediata. Contra esta última resolución interpuso la empresa recurso de casación para unificación de doctrina, que sería inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1998. Durante la sustanciación de este último recurso, la empresa KENCI, S.A., notificó a las actoras (17 de febrero de 1998) su traslado al centro de trabajo de Rubí (Barcelona), con efectos de 17 de marzo de 1998, decisión ante la que las actoras, en trámite de ejecución provisional, solicitaron al Juzgado de lo Social que declarara que, si durante la sustanciación del recurso la empresa optaba por recibir la prestación de sus servicios, lo hiciera en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, sin que procediera el traslado ordenado por KENCI, S.A. Tal solicitud fue estimada por Auto de 22 de abril de 1998, que acordó requerir a la demandada para que reincorporara a las actoras al centro de trabajo de Alcorcón (Madrid). Efectuada la reincorporación el 4 de junio de 1998, la empleadora las mantuvo aisladas del resto del personal, en una sala de juntas y sin ocupación, y el día 16 siguiente les ordenó que se trasladaran al centro de trabajo de Rubí (Barcelona), por lo que las demandantes solicitaron al Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid que resolviera que la empresa se encontraba obligada a continuar con el abono de salarios durante la ejecución provisional, sin contraprestación por parte de las actoras. El órgano judicial dictó Auto el 13 de julio de 1998, resolviendo de conformidad con lo interesado. En escrito del 17 siguiente las actoras comunicaron a KENCI, S.A., que procedían al cumplimiento del referido Auto acompañándole copia del mismo, a pesar de lo cual, la empresa les dirigió telegramas los días 18, 21 y 22 de julio de 1998, afirmando desconocer dicho Auto y requiriéndoles para que se trasladaran al centro de trabajo de Rubí. Las recurrentes contestaron reiterando la existencia del Auto de 13 de julio de 1998. Una vez que el Auto en cuestión le fue notificado, la empresa demandada interpuso contra él recurso de reposición el día 31 del mismo mes; recurso que fue desestimado por Auto de 15 de septiembre de 1998. El 18 de septiembre de 1998 la empresa KENCI, S.A., comunicó a las demandantes que había tomado la decisión de suspenderles de empleo y sueldo durante cincuenta días, por desobediencia y abuso de confianza, al no haber atendido el requerimiento de incorporación al centro de trabajo de Rubí. Las recurrentes se dirigieron nuevamente al Juzgado de lo Social en trámite de ejecución provisional, acordando éste, en Auto de 26 de noviembre de 1998, requerir a la demandada para que diera cumplimiento a lo acordado en el de 13 de julio de 1998, si bien declaró que no podía examinar en la pieza separada la legalidad o ilegalidad de la sanción impuesta. Asimismo, las actoras promovieron demanda por violación de derechos fundamentales frente a dicha sanción, por considerar vulnerados los derechos consagrados en los arts. 14 y 24 CE, que, siendo estimada inicialmente por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, fue rechazada más tarde por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al estimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada en la Sentencia frente a la que se plantea el presente recurso de amparo.

4. Como se ha expuesto anteriormente, la lesión del art. 14 CE la fundamentan las recurrentes en el hecho de que la actuación empresarial san-

cionadora carecía de toda justificación objetiva, encaminándose a perpetuar el trato discriminatorio dispensado por vía del despido que fue declarado nulo, sin que la Sentencia impugnada corrigiera tal vulneración. Ahora bien, según se deduce del relato fáctico, de manera inmediata la decisión empresarial disciplinaria no supuso, per se, una distinción de trato frente a otro trabajador al que se hubiera dejado de sancionar en idéntica situación, sino que la sanción trae causa directa de la adecuación de la conducta de las demandantes de amparo a una resolución judicial que les reconoció el derecho a seguir percibiendo su retribución sin contraprestación en ejecución provisional de la Sentencia de despido. Al amparo de tal pronunciamiento desatendieron la orden de la empresa de trasladarse al centro de trabajo de Rubí, ante lo cual, la demandada las suspendió de empleo y sueldo durante cincuenta días. Esta actuación empresarial puede constituir, en su caso, de manera directa, una violación del derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes, en su vertiente del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que, por haberse producido en el curso de la ejecución de una Sentencia que determinó la existencia de un despido discriminatorio, mediata o indirectamente pudiera suponer una prolongación de aquella decisión extintiva vulneradora del art. 14 CE. Por tal razón, las supuestas lesiones del derecho a la igualdad habrán de reconducirse a la invocación del derecho fundamental consagrado en el art. 24 CE, con el que, como las propias actoras reconocen, guarda una evidente conexión, pues al hacer inefectiva la tutela judicial conseguida, se estarían perpetuando también las consecuencias del trato discriminatorio que la empresa les dispensó con el despido declarado nulo.

5. La violación del art. 24 CE las basan las actoras en la consideración de que la empresa demandada las sancionó por atenerse a un mandato judicial, y con el fin de hacerlo inefectivo, siendo la sanción, además, una manifestación más de represalia contra ellas porque habían ejercitado sus derechos, extremos que no fueron apreciados en la Sentencia impugnada. En la demanda se dice también que dicha Sentencia incurre en incongruencia, si bien, a través de esta afirmación no se denuncia que exista en la resolución judicial combatida desajuste entre el fallo y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, sino que lo que las demandantes vienen a plantear bajo tal denominación es su disconformidad con las razones que llevaron a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia a estimar el recurso de suplicación promovido por la empresa KENCI, S.A. Por consiguiente, esta alegación ha de ser reconducida al planteamiento general que sobre la vulneración del art. 24 CE se realiza en la demanda. Este Tribunal ha afirmado que una de las proyecciones del derecho reconocido en el art. 24.1 CE es el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia otorgada por el Ordenamiento, lo que implica, de un lado, el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos y, de otro, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas (SSTC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 3; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 197/2000, de 24 de julio, FJ 2; y 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4, entre otras). Tratándose de la ejecución provisional de las sentencias, hemos precisado que no estamos ante un derecho fundamental directamente comprendido en el art. 24.1 CE, sino ante un derecho de configuración legal que el legislador puede establecer sometiendo a determinados requisitos y garantías, dictados tanto en interés de una

buena administración de la justicia como en orden a la adecuada protección de los intereses de las partes en el proceso (SSTC 87/1996, de 21 de mayo, FJ 3; 105/1997, de 2 de junio, FJ 2; 191/2000, de 13 de julio, FJ 8). Pues bien, como se señaló en las SSTC 191/2000, de 13 de julio, FJ 7, y 266/2000, de 13 de noviembre, FJ 4, la Ley de procedimiento laboral (LPL en adelante), desde 1980 y en sus posteriores reformas, ha mantenido la procedencia de la ejecución provisional de las Sentencias cuando se trata, como aquí acontece, de un despido declarado nulo, en el caso de que sea el empresario el que interponga recurso contra dicha decisión. Asimismo, en las Sentencias citadas, al igual que en las SSTC 234/1992, de 14 de diciembre, FJ 2, y 104/1994, de 11 de abril, FJ 3, hemos dicho que los preceptos que establecen la posibilidad de la ejecución provisional presentan una finalidad tuitiva, pues tienen por objeto proteger al trabajador en atención a su cualidad de parte más débil, agravada por la falta de empleo y salario, que lo hace más vulnerable a actuaciones abusivas o de mala fe que pudieran venir de la parte procesal contraria, siendo esta finalidad legítima, en cuanto forma parte de la amplia tutela material que el Ordenamiento jurídico, tanto sustantivo como procesal, otorga al trabajador. Por otra parte, también señaló este Tribunal en dichos pronunciamientos que, en su configuración legal, la ejecución provisional tiene el carácter de un procedimiento autónomo dentro de un único proceso de índole laboral, en este caso el de despido, siendo inmune al resultado definitivo de éste, hasta el extremo de que dicho resultado no puede servir para privar de efectividad a los derechos y situaciones reconocidos en la ejecución provisional. Por último, es importante resaltar que, como se dijo en la citada STC 191/2000, se está ante obligaciones de inmediato cumplimiento, tanto por la propia naturaleza de la retribución (se trata de un salario de subsistencia), como por la delimitación del ámbito temporal en el que se producen la obligación del empresario de abonar la retribución y la correlativa contraprestación de servicios por parte del trabajador (equivalente a la duración del trámite del recurso), como igualmente por la inexistencia de previsiones legales sobre aplazamientos de pago. No es ocioso señalar al efecto que el art. 302 de la vigente LPL prescribe que "frente a las resoluciones dictadas en ejecución provisional sólo procederán, en su caso, los recursos de reposición o súplica", cuya interposición no impide que se deba llevar a efecto la resolución impugnada, según determinan los arts. 184.1 y 185.1 LPL, respectivamente. Se puede concluir, pues, como dijimos en la STC 104/1994, de 11 de abril, FJ 3, que la vinculación del empresario recurrente a la ejecución provisional durante el tiempo de tramitación del recurso es absoluta, en el sentido de que los trabajadores tienen derecho a los salarios devengados en ese período comprendido entre la Sentencia de instancia y la de casación.

6. Atendiendo a la doctrina constitucional expuesta, se puede llegar a la conclusión de que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes de amparo en la vertiente del derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado de lo Social. En efecto, se plantea aquí la cuestión de que la decisión adoptada por la empresa demandada, que sancionó a las actoras por no cumplir la orden de trasladarse al centro de trabajo de Rubí, resulta incompatible con lo acordado por el Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid en Auto de 13 de julio de 1998, en cuya virtud se reconocía a las demandantes el derecho a seguir percibiendo el salario sin contraprestación de servicios, en ejecución provisional de la Sentencia dictada por la Sala de

lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en tanto se sustentaba el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por KENCI, S.A., contra ésta. En suma, se imputa a la mencionada decisión empresarial el constituir una forma de "inejecución indirecta", según los términos empleados por la STC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 2, que se produce ante "la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo". Ante estos supuestos de comportamiento fraudulento o impeditivo de la eficacia de una resolución judicial firme, el órgano judicial viene obligado por imperativo del art. 24.1 CE a adoptar las oportunas medidas de reacción, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional ejecutiva, en orden a asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial (SSTC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 2; 170/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 199/2000, de 24 de julio, FJ 6), puesto que, como afirmamos en la STC 125/1987, de 15 de julio, FJ 4, repele a la efectividad de la tutela judicial que, mediante actuaciones de aquella naturaleza, pueda arrojarse sucesiva e indefinidamente sobre el afectado la carga de promover nuevas acciones o recursos para obtener la satisfacción completa de sus derechos e intereses reconocidos por Sentencia. Como se comprueba en los hechos más atrás expuestos, durante la sustanciación del recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por ella, la empresa demandada requirió a las actoras para que se trasladaran al centro de trabajo de Rubí, lo que motivó la reclamación de éstas ante el Juzgado de lo Social que, en Auto el 22 de abril de 1998, acordó requerir a la demandada para que las reincorporara al centro de trabajo de Alcorcón en iguales condiciones que antes de la extinción de sus contratos de trabajo; decisión que se enmarca —al igual que las posteriores— en la ejecución provisional de la Sentencia a que tenían derecho las actoras. A pesar de los claros términos de esta resolución judicial, la empresa KENCI, S.A., adoptó una contumaz postura de desobediencia hacia las decisiones del órgano judicial, ordenando en sucesivas ocasiones a las demandantes de amparo que se trasladaran a Rubí, lo que obligó al Juzgado a proseguir la actividad ejecutora, dictando nuevas resoluciones a medida que las trabajadoras le solicitaron que impusiera a la empresa el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución provisional —a las que, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, se encontraba absolutamente vinculada—, hasta llegar al Auto de 13 de julio de 1998, en el que se declaró el derecho de las actoras a seguir percibiendo su retribución sin contraprestación. Amparándose en esta última decisión, las demandantes se negaron a un ulterior requerimiento de traslado y, si bien, a diferencia de ocasiones anteriores, no acudieron al Juzgado de lo Social para obtener una nueva reacción frente a la decisión judicial, ello no puede servir en modo alguno para justificar la actuación empresarial. No se puede olvidar que el nuevo requerimiento de traslado se produce los días 18, 21 y 22 del mismo mes de julio, con apenas diferencia temporal con una resolución judicial que KENCI, S.A., afirmaba desconocer a pesar de haberle entregado copia de la misma las propias actoras el día 17 anterior y de la comparecencia previamente celebrada en el Juzgado de lo Social núm. 29 el día 7 del mismo mes de julio a raíz de la pretensión formulada por las trabajadoras, de modo que su existencia no podía resultarles extraña. En tales circunstancias, hacer recaer sobre éstas la carga de impetrar del órgano judicial un pronunciamiento con el que ya contaban resulta desmesura-

do desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, máxime cuando la sucesión de actuaciones judiciales estuvo motivada exclusivamente por una constante y patente voluntad de incumplimiento de la empresa demandada. Es más, la sanción disciplinaria de la que trae causa el presente recurso de amparo se adopta el 18 de septiembre de 1998, cuando KENCI, S.A., ya había sido notificada por el Juzgado de lo Social del Auto de 13 de julio del mismo año, contra el que interpuso recurso de reposición el 31 del mismo mes y año. Ahora bien, dado que esta impugnación —como ya se apuntó— no producía efecto suspensivo sobre la resolución judicial, que debía cumplirse necesariamente (art. 184.1 LPL), carece de justificación la decisión empresarial de sancionar a las demandantes de amparo; más aún si se considera que la misma se adoptó después de que el recurso de reposición fuera desestimado por Auto de 15 de septiembre de 1998. Así pues, la sanción fue impuesta con conocimiento de que suponía una desatención absoluta de la resolución judicial, en la medida en que la empresa no ignoraba que las trabajadoras contaban con una decisión que les exoneraba de atender la orden empresarial de traslado a otra localidad, por lo que no se les podía achacar desobediencia ni abuso de confianza. En este sentido, hay que recalcar que la demandada ni siquiera ha intentado probar que su actuación obedeciera a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, a pesar de la carga que en tal sentido le incumbía, de acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal, manifestada, entre otras, en las SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4, 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3, 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2, 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3, y 114/2002, de 20 de mayo, siendo así que las recurrentes han aportado algo más que la simple acreditación de indicios generadores de una razonable sospecha, apariencia o presunción de la vulneración de sus derechos fundamentales por la decisión empresarial, colmando sobradamente la exigencia que sobre el particular impone a los trabajadores la doctrina constitucional referida. Por consiguiente, es patente la violación del derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes, en cuanto la sanción disciplinaria que se les impuso determinaba la inejecución del Auto del Juzgado de lo Social núm. 29 de 13 de julio de 1998, de forma que resulta totalmente reprochable la argumentación de la Sentencia aquí impugnada, cuando justifica la inexistencia de toda vulneración de los derechos fundamentales de las actoras afirmando que "se trata de enjuiciar la imposición de una sanción que tiene carácter enteramente ajeno a cualquier propósito atentatorio a derechos fundamentales. La decisión empresarial se basa en un poder disciplinario y la conducta de las trabajadoras es acreedora a tal sanción —a criterio de la empresa— no por su sexo sino objetivamente considerada y prescindiendo de cualquier circunstancia discriminatoria".

7. En distinto plano, este Tribunal también ha mantenido que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón, hemos dicho que el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual

significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 54/1995, de 24 de febrero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 4; 140/1999, de 22 de julio, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 2; y 196/2000, de 24 de julio, FJ 3), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (SSTC 7/1993, de 18 de enero, FJ 3; y las ya citadas 54/1995, FJ 3; 101/2000, FJ 2; y 196/2000, FJ 3), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4.2 g) del estatuto de los trabajadores]. Por su parte, el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 29 de junio de 1985), en su art. 5 c) dispone que no podrá darse por terminada una relación de trabajo por haber presentado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes; restricción que en la STC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2, hicimos extensiva "a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación in natura cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho". A la luz de lo anterior, se puede afirmar que también desde la perspectiva de la garantía de indemnidad resultó violentado el derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes. Como ha quedado dicho, la empresa les impuso la sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo durante cincuenta días por desobediencia y abuso de confianza, al no haber atendido el requerimiento que se les hizo para que se incorporaran al centro de trabajo de Rubí. Obvio es decir que dicha sanción carecía de todo fundamento desde el momento en que la falta de acatamiento por las trabajadoras de la orden de traslado estaba amparada por una resolución judicial, en cuanto el Juzgado de lo Social había resuelto con anterioridad a dicha orden que seguirían percibiendo el salario durante la sustanciación del recurso de casación para la unificación de doctrina sin necesidad de contraprestación de su trabajo, cuestión de sobra conocida por KENCI, S.A., con antelación a la imposición de la sanción. Por consiguiente, la actuación empresarial, aparte de desatender la resolución judicial referida, no podía tener otra finalidad que la de adoptar una medida de represalia contra aquéllas por el hecho de haber acudido al Juzgado de lo Social discutiendo la forma en que la empresa pretendía llevar a cabo la ejecución provisional de la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con obtención de los correspondientes pronunciamientos judiciales que desautorizaron, por contrarias a los derechos de las actoras,

las reiteradas órdenes de traslado a distinta localidad. La consecuencia que se ha de seguir, de acuerdo con la doctrina expuesta no puede ser otra que la nulidad radical de la medida disciplinaria adoptada por la empresa demandada contra las demandantes de amparo, en cuanto vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva.

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 el recurso de amparo interpuesto por doña Azucena Puch Abad y por doña Olga Pinilla Zamora y, en su virtud:

- 1º Declarar que se ha vulnerado el derecho de las recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).
- 2º Restablecerlas en el citado derecho y, a tal fin, declarar nula la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 1999.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veinte de enero de dos mil tres.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 5/2003, DE 20 DE ENERO.

Esta Sentencia resuelve en sentido estimatorio, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (si bien, como más adelante se explicará, en relación mediata con el derecho a la igualdad del artículo 14) el recurso de amparo promovido por doña Azucena Puch Abad y por doña Olga Pinilla Zamora contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 1999, que vino a estimar el recurso de suplicación interpuesto por KENCI, S.A., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, de 27 de enero de 1999, recaída en procedimiento de tutela de derechos fundamentales, seguido a instancias de las recurrentes contra la mencionada empresa.

Los antecedentes que sustentan y enmarcan el asunto que en ella se resuelve son, brevemente expuestos, los siguientes: La empresa comunicó a D^a A.P.A. y a D^a O.P.Z. la extinción de su relación laboral con fecha y efectos de 30 de septiembre de 1996, aduciendo para ello motivos organizativos que implicaban la necesidad de amortizar una serie de puestos de trabajo. Frente a esta decisión las actoras promovieron proceso por despido ante el Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid, en el que recayó Sentencia estimatoria, declarando el despido improcedente. Contra esta Sentencia, tanto las demandantes como las demandadas interpusieron recurso de suplicación. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó parcialmente el de las primeras y

revocó la Sentencia de instancia, declarando nulos los despidos por violación del derecho a no ser discriminadas por razón de sexo y condenó a KENCI, S.A., a la readmisión inmediata de ambas trabajadoras. Contra esta Sentencia, a su vez, la referida empresa interpuso recurso de casación para unificación de doctrina, que fue inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1998.

Mientras este recurso se sustanciaba, el 17 de febrero de 1998 la empresa notificó a las demandantes su traslado al centro de trabajo de Rubí (Barcelona), con efectos de 17 de marzo de 1998. Ante esta decisión las trabajadoras solicitaron al Juzgado de lo Social, en trámite de ejecución provisional, que declarara que, si durante la sustanciación del recurso la empresa optaba por recibir la prestación de sus servicios, lo hiciera en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, sin que procediera el traslado antes referido. Esta solicitud fue estimada por el Juzgado mediante Auto de 22 de abril de 1998, acordando requerir a la demandada para que reincorporara a las actoras al centro de trabajo de Alcorcón en las mismas condiciones que antes de la extinción de sus contratos de trabajo. Las trabajadoras se reincorporaron el 4 de junio de 1998, pero la empresa las mantuvo aisladas del resto del personal, en una sala de juntas y sin ninguna ocupación, y el día 16 del mismo mes les ordenó de nuevo que se trasladaran al centro de trabajo de Rubí, destino al que deberían incorporarse el día 20 siguiente.

De nuevo D^o A.P.A. y a D^o O.P.Z. se dirigieron al Juzgado de lo Social solicitando que resolviera que la empresa se encontraba obligada a continuar con el abono de salarios durante la ejecución provisional, sin contraprestación por su parte, solicitud a la que el órgano judicial accedió mediante Auto de 13 de julio de 1998. Por escrito del 17 del mismo mes, las actoras comunicaron a la empresa que procedían al cumplimiento del referido Auto, del que le acompañaban copia. Pese a ello, KENCI, S.A., les dirigió telegramas los días 18, 21 y 22 de julio de 1998, afirmando desconocer dicho Auto y requiriéndoles para que se trasladaran al centro de trabajo de Rubí. Las trabajadoras contestaron alegando de nuevo la existencia del Auto de 13 de julio de 1998, por el que se había estimado su solicitud de seguir percibiendo el salario sin contraprestación. Una vez que el referido Auto le fue notificado, la empresa demandada interpuso contra él recurso de reposición el día 31 del mismo mes, que fue desestimado por Auto de 15 de septiembre de 1998.

Tres días después la empresa comunicó a D^o A.P.A. y a D^o O.P.Z. que había tomado la decisión de suspenderles de empleo y sueldo durante cincuenta días, por desobediencia y abuso de confianza, toda vez que no habían atendido el

requerimiento de incorporación al centro de trabajo de Rubí, como les fue ordenado. Ante esta situación las trabajadoras se dirigieron nuevamente al Juzgado de lo Social en trámite de ejecución provisional, acordando éste, en Auto de 26 de noviembre de 1998, requerir a la demandada para que diera cumplimiento a lo acordado en el de 13 de julio de 1998, manteniendo a las actoras en el percibo de sus retribuciones íntegras durante la sustanciación del recurso; el Juzgado apreció que lo único que pretendía el empleador era "vaciar de contenido el auto ejecutivo de 13-7-98 ... inacatando aquélla el contenido de dichas resoluciones firmes", considerando, además, que existía "un contumaz afán dilatorio por parte de la demandada, que evidencia una mala fe con la actitud".

Asimismo, ambas trabajadoras promovieron demanda por violación de derechos fundamentales frente a dicha sanción, por considerar vulnerados los derechos consagrados en los arts. 14 y 24 CE. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid estimó la demanda y declaró que en la conducta de la empresa existió vulneración del art. 14 CE por razón de sexo, declarando asimismo nulas y sin efectos las sanciones impuestas a las actoras, ordenando a la empresa que cesara en su conducta discriminatoria, a la que condenó además a indemnizarlas por los daños morales sufridos, al pago de una multa y al abono de los honorarios de letrado, por su temeridad. Contra esta Sentencia, la empresa interpuso recurso de suplicación solicitando la nulidad de actuaciones y la declaración de la procedencia de la sanción impuesta a las actoras, así como que se dejara sin efecto la indemnización, la multa y la condena a pagar los honorarios del Letrado de las actoras. Éstas presentaron el correspondiente escrito impugnando el recurso.

Finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 6 de julio de 1999, estimó el recurso de suplicación interpuesto por KENCI, S.A., y la absuelve de las pretensiones articuladas en su contra, con revocación de la Sentencia impugnada. La Sentencia justifica la estimación del recurso con los siguientes razonamientos: "En este proceso lo único que las actoras postulan y se debate es la existencia o no de violación de derechos fundamentales en la imposición de una sanción a las actoras por causa de negarse a cumplir un requerimiento de incorporación a un centro de trabajo determinado. No puede ser acogida la tesis del Juzgador de instancia, ya que la actuación de la empresa en el momento concreto de imponer la sanción no vulnera el art. 14 de la Constitución española...La empresa impone sanciones a las demandantes que son ajenas a su condición de mujeres, sin que a ello sea óbice que el despido fuera declarado nulo por discriminación. Ahora se trata de enjuiciar la imposición de una sanción que tiene carácter enteramente ajeno a cualquier propósito atentatorio a derechos fundamentales. La decisión

empresarial se basa en un poder disciplinario y la conducta de las trabajadoras es acreedora a tal sanción —a criterio de la empresa— no por su sexo sino objetivamente considerada y prescindiendo de cualquier circunstancia discriminatoria. Debe, pues, ser revocada la sentencia, absolviendo a la empresa". Contra esta Sentencia, precisamente, se planteó el recurso de amparo que viene a resolver la STC 5/2003, de 20 de enero, que ahora comentamos.

Dejando de lado las cuestiones procesales en orden al debate suscitado en torno a la causa de inadmisión del recurso de amparo alegada por la representación de la empresa (falta de agotamiento de la vía judicial previa, que el Tribunal resuelve recordando su reiterada doctrina acerca de que el carácter subsidiario del recurso de amparo no obliga a utilizar necesariamente en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino solo aquellos normales que claramente se manifiestan ejercitables), interesa sobre todo analizar la cuestión de fondo, que se aborda, por una parte, desde el prisma de la denunciada vulneración del artículo 14 CE por lesión de la igualdad y, por otra, desde la perspectiva de la violación del artículo 24 al entender que se lesiona igualmente, a juicio de las recurrentes, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos.

Respecto a la primera cuestión, el Tribunal razona que la decisión disciplinaria de la empresa no puede decirse que, per se y de manera inmediata, supusiera una distinción de trato frente a otro trabajador al que se hubiera dejado de sancionar o sancionado de manera diferente en idéntica situación, pues tal sería, en puridad y conforme a la doctrina constitucional en esta materia, el hecho configurador de una diferencia de trato proscrita constitucionalmente. Por consiguiente, considera que no está en este caso directamente concernido el derecho fundamental a la igualdad de las recurrentes en amparo, si bien ello no impide que el Tribunal reconozca que la actuación empresarial, de manera mediata o indirecta, pudo suponer una especie de prolongación de la originaria situación, en tanto que se inscribió en el curso de la ejecución de una sentencia que declaró la existencia de un despido discriminatorio, al menos en la producción de consecuencias desfavorables para las recurrentes. Ciertamente, como avalan tanto el relato de los hechos como las declaraciones contenidas en las resoluciones del Juzgado de lo Social, e incluso la propia argumentación seguida por el Tribunal Constitucional, luce con toda claridad en las sucesivas actuaciones de la empresa una actitud contumaz para situar a las trabajadoras en situaciones desfavorables, elusivas y contrarias a lo judicialmente resuelto, abocándolas a un recurso permanente a la jurisdicción para encontrar amparo en la ejecución de lo ya decidido sobre su situación laboral. Todo ello, tomado en su

conjunto, sin duda ofrece desde el punto de vista sociológico y aún jurídico un balance cuyo diagnóstico no puede ser otro sino el de tratarse de un empeño en sostener por otras vías, y no enmendar conforme a lo judicialmente declarado, una concreta situación de discriminación mediante una actitud empresarial de represalia ante el ejercicio de sus derechos por parte de las trabajadoras y renuente al acatamiento en sus propios términos de las resoluciones judiciales, lo cual resalta con toda evidencia si se toma en consideración la ausencia de un fundamento objetivo y razonable —reconocida por el Tribunal Constitucional— que pudiera explicar que se ordenara el traslado de las trabajadoras desde Alcorcón a Rubí, causa de la sanción disciplinaria al negarse al mismo las trabajadoras por contrariar lo judicialmente decidido.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional se decanta por argumentar, sobre el trasfondo de esta genérica situación —sin duda lesiva de la igualdad, como se desprende de los antecedentes de hecho y denuncian las recurrentes—, centrando su análisis en el que entiende ser el objeto más específico del amparo solicitado, esto es, considera el supuesto planteado bajo la perspectiva de la relación que la decisión del traslado y la sanción disciplinaria subsiguiente tuvieron, en sí mismos considerados, con lo ya decidido por resoluciones judiciales previas. Por esta razón la resolución del recurso contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid —que consideró no lesiva de derechos fundamentales la actuación de la empresa— se reconduce y se hace pivotar por entero en la esfera del artículo 24 de la Constitución y no en la del artículo 14. Esta metodología podría ser criticada desde la óptica de que la medida adoptada por la empresa, como reiteradamente subraya y denuncia la representación de las recurrentes, significaba en definitiva el mantenimiento de la situación de discriminación de las trabajadoras ya declarada por la jurisdicción ordinaria, si bien por otros medios y bajo la apariencia formal de que se sancionaban en vía disciplinaria conductas típicamente contempladas por la legislación laboral. Sin embargo, a nuestro juicio, tal forma de proceder en la resolución de este caso concreto por parte del Tribunal Constitucional no merece crítica alguna, sino una valoración positiva, por ser enteramente ajustada al objeto y a la regulación del recurso de amparo, que ha de recordarse que es extraordinario y de naturaleza subsidiaria y que está dirigido a "la reparación de lesiones concretas y actuales de los derechos y libertades que, susceptibles del mismo, se hayan ocasionado efectivamente a quienes demandan su restablecimiento y reparación" (ATC 1064/1988). Tal juicio positivo se acrecienta si apreciamos, juntamente con la equilibrada sensibilidad mostrada en la Sentencia por la cuestión de fondo en relación con la igualdad, la atención que en ella se presta a los requerimientos de la claridad conceptual y del rigor jurídico a la hora de aquilatar la proyec-

ción funcional de los respectivos ámbitos específicos de los derechos fundamentales cuya vulneración se denuncia, por relacionados que en determinadas situaciones puedan estar, como sucede en el presente caso.

En este supuesto, lo constitucionalmente adecuado, por tanto, es justamente considerar la lesión directa -también denunciada por las trabajadoras recurrentes- que se produce del derecho a la tutela judicial efectiva mediante la actuación de la empresa y la resolución judicial que la valida, toda vez que la lesión del principio de igualdad ya había sido establecida y declarada, así como decidido su remedio, ante la jurisdicción ordinaria. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sin embargo, en su Sentencia de 6 de julio de 1999, focalizó el recurso planteado por la empresa desde esta exclusiva perspectiva, desconectado de la consideración de la vertiente de la posible vulneración del artículo 24 CE y, en modo ciertamente apodíctico y muy formalista, mereciendo la severa crítica que le formula el Tribunal Constitucional en el FJ 6, resolvió estimar el recurso de la empresa por entender que de lo que se trataba en este caso era simplemente de "enjuiciar la imposición de una sanción que tiene carácter enteramente ajeno a cualquier propósito atentatorio a derechos fundamentales. La decisión empresarial - sigue diciendo- se basa en un poder disciplinario y la conducta de las trabajadoras es acreedora a tal sanción —a criterio de la empresa— no por su sexo sino objetivamente considerada y prescindiendo de cualquier circunstancia discriminatoria". De tal manera, la decisión de sancionar de la empresa y la resolución judicial combatidas mediante el recurso de amparo, se inscriben en un iter que netamente conduce, sin perjuicio de seguir alimentando una básica y contextual situación discriminatoria, a la vulneración concreta, efectiva y directa del derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes de amparo en la vertiente del derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado de lo Social. En el origen de estas resoluciones se halla precisamente el Auto de 13 de julio de 1998, que reconocía a las demandantes el derecho a seguir percibiendo el salario sin contraprestación de servicios, en ejecución provisional de la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en tanto se sustanciaba el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por KENCI, S.A. contra ésta. La decisión empresarial de sancionar en estas circunstancias, tras ordenar el traslado de las trabajadoras y situarlas en la necesidad de acudir reiteradamente a la jurisdicción para mantener la ejecución de lo decidido por aquel Auto, constituía objetivamente -como recuerda el Tribunal Constitucional- una forma de "inejecución indirecta", según los términos empleados por la STC 167/1987, de 28 de octubre (FJ 2), que se produce ante "la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión

de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo". Todo ello, naturalmente, bajo el presupuesto de que la vinculación del empresario recurrente a la ejecución provisional durante el tiempo de tramitación del recurso (conforme a la normativa aplicable, a su sentido tuitivo y a la doctrina constitucional sobre un derecho de configuración legal inscrito en la órbita del derecho fundamental a la tutela judicial) es absoluta, en el sentido de que los trabajadores tienen derecho a los salarios devengados en ese período comprendido entre la Sentencia de instancia y la de casación (STC 104/1994, de 11 de abril, FJ 3).

Estima así el Tribunal Constitucional que de los antecedentes resulta probado, por un lado, que la sanción fue impuesta con conocimiento de la empresa de que ello suponía una desatención absoluta de la resolución judicial en la medida en que aquella no ignoraba que las trabajadoras contaban con una decisión que les exoneraba de atender la orden de traslado, por lo que no se les podía achacar desobediencia ni abuso de confianza; por otro lado, que la empresa demandada ni siquiera intentó probar que su actuación obedeciera a motivos razonables, a pesar de la carga que en tal sentido le incumbía de acuerdo con reiterada doctrina constitucional (entre otras, SSTC 114/1989, FJ 4; 41/2002, FJ 3; y 114/2002); por el contrario, las recurrentes habían aportado indicios más que sobrados de una razonable presunción de la vulneración de sus derechos fundamentales. En atención a tales datos y circunstancias, el Tribunal considera este comportamiento de la empresa como "fraudulento o impeditivo de la eficacia de una resolución judicial firme", razón por la que concluye que se lesiona el derecho fundamental garantizado por el artículo 24 de la Constitución. Del mismo modo, aunque en otro plano, la secuencia de los hechos avala a su juicio que también resultó violentado el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la quiebra de la "garantía de la indemnidad", según la cual y conforme a reiterada doctrina, del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza, traduciéndose en el ámbito de las relaciones laborales en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (entre otras SSTC 140/1999, FJ 4; 101/2000, FJ 2; y 196/2000, FJ 3).

Desde esta doble perspectiva, la conclusión es rotunda y los efectos de la Sentencia meridianamente claros: la declaración de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la anulación, para restablecer a las trabajadoras en su derecho, de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 1999. De tal manera, recuperada la situación jurídica de las trabajadoras y fijada según aquello que la jurisdicción ordinaria había decidido y declarado precedentemente en relación con la

existencia de la discriminación, cabe decir que queda satisfecho plenamente por esta vía el derecho a la igualdad, habiendo bastado para combatir la actitud fraudulenta de la empresa la conjugación de los contenidos y consecuencias de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, como hace el Tribunal Constitucional, sin correr el riesgo de forzar en este caso la argumentación y los contenidos del derecho a la igualdad por referencia a situaciones gené-

ricas y en relación mediata o indirecta, por real que sea su incidencia, ciñéndose así –como es su función, según la Constitución y la LOTC- a la consideración del derecho fundamental que se ve directamente afectado por la resolución judicial recurrida y por los actos de la empresa por ella validados. (GREGORIO CÁMARA VILLAR, CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 17/2003, DE 30 DE ENERO DE 2003. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO, DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA

TEXTO DE LA SENTENCIA⁸⁷

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, 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. 1150/99, promovido por doña Patricia Núñez Pascual, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Campillo García y asistida por la Abogada doña María Teresa Balader Sabata, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de febrero de 1999, dictada en el recurso de suplicación núm. 5759/98, que revocó parcialmente la Sentencia de 24 de abril de 1998 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en el procedimiento núm.245/98, seguido en virtud de demanda de despido. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte el Institut Municipal d'Educació de Barcelona, representado por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García y asistido por la Letrada doña María Cristina Samaranch de Lacambra. Ha sido Ponente el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, quien expresa el parecer de la Sala.

(...)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Lo que se enjuicia en este recurso de amparo ha quedado concretado con detalle en los antecedentes, a saber: la impugnación de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, allí citada, por presunta vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE, dado que, en opinión de la demandante, la finalización de la relación laboral por vencimiento del término pactado encubriría la

auténtica causa resolutoria: su estado de embarazo. De esa manera, sobrepasándose el juicio general de igualdad en consonancia con el control singularmente intenso que se impone en los casos relacionados con la prohibición de discriminación del segundo inciso del art. 14 CE, está en cuestión si la extinción del contrato de trabajo respondió o no a un factor constitucionalmente prohibido por discriminatorio y contrario a la dignidad de la mujer. Esto es, si tras el acto empresarial resolutorio subyace una circunstancia (el estado de gestación) que tiene con el sexo de la demandante una conexión directa e inequívoca, pues la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial que no puede acarrear, conforme a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, perjuicios a la mujer trabajadora. Tal como se ha resuelto la causa en la Sentencia recurrida, que niega la existencia de indicios de discriminación, la principal dimensión constitucional del asunto se sitúa en detectar si hubo cumplimiento por parte de la demandante de su obligación probatoria, como entendió el juzgador a quo, o si por el contrario, según ha razonado la Sentencia impugnada, no consiguió probar que estuviera en juego el factor discriminatorio en el que hace descansar la protección que demanda, por vulneración del principio consagrado en el art. 14 CE. La simultaneidad entre el conocimiento del embarazo en el centro de trabajo y el cese, la falta de causa legal apta para acordar la finalización de la relación laboral cuando la extinción se produjo, así como la existencia de un antecedente en el Instituto municipal demandado en el que, según testimonios efectuados en el acto del juicio, otra resolución contractual podría haber estado motivada por el embarazo de una trabajadora del mismo centro de trabajo, conformarían, en opinión de la recurrente, el panorama indiciario no neutralizado por la empleadora, poniéndose de manifiesto la existencia de un despido contrario al art.14 CE. El Instituto demandado en el proceso y el Ministerio público, por el contrario, coinciden en su oposición al amparo solicitado, esgrimiendo motivos similares a los contenidos en la Sentencia recurrida.

2. Antes de entrar en el examen de fondo de la cuestión suscitada, cúmplenos dar respuesta a las objeciones de admisibilidad de la demanda de amparo formuladas por el Institut Municipal d'Educació de

⁸⁷ El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico.

Barcelona, fundados en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial previa a la interposición del amparo y en los límites de la jurisdicción constitucional en el procedimiento de amparo derivados del art. 44.1 b) LOTC. A su criterio, en primer lugar, la resolución dictada en el recurso de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia era susceptible de recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Asegura que existían sobre la materia objeto de controversia Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y del propio Tribunal Supremo contradictorias con la recurrida en amparo, de suerte que la omisión de ese cauce procesal, posible y procedente, acarrearía la referida falta de agotamiento. La objeción debe rechazarse. Tenemos dicho que la subsidiariedad del amparo tan sólo impone la previa formalización del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando no quepa duda alguna respecto de la procedencia y posibilidad real y efectiva de interponerlo, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en esta sede constitucional (SSTC 337/1993, de 15 de noviembre; 347/1993, de 22 de noviembre; 354/1993, de 29 de noviembre; 377/1993, de 20 de diciembre; 132/1994, de 9 de mayo; 140/1994, de 9 de mayo; 93/1997, de 8 de mayo; 183/1998, de 17 de diciembre; 5/1999, de 8 de febrero; 173/1999, de 27 de septiembre; 183/2000, de 10 de julio, o 71/2002, de 8 de abril). Salvo en situaciones en las que la procedencia del recurso es evidente (SSTC 337/1993, de 15 de noviembre; 347/1993, de 22 de noviembre; 31/1995, de 6 de febrero, o 194/1995, de 19 de diciembre) o en las que la propia parte recurrente admite su pasividad en la no utilización de esa reacción procesal (por todas, STC 211/1999, de 29 de noviembre), corresponde a quien pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad (en este caso el Instituto de Barcelona, en el trámite de alegaciones del art. 52.1 LOTC) el acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto, debiéndose abstener de efectuar vagas invocaciones (STC 119/2002, de 20 de mayo). Ninguna de las dos situaciones descritas se produce en este caso. Descartada la aceptación de la propia recurrente de su inactividad procesal, pues nada en la demanda de amparo puede llevarnos a esa conclusión, constatamos que quien aduce el óbice no ofrece soporte alguno del que concluir la pretendida aptitud específica en el caso concreto de aquel recurso cuya omisión denuncia. No se realiza la más mínima justificación de identidades con el caso aquí enjuiciado, comparando la Sentencia dictada en el grado jurisdiccional de suplicación y las Sentencias citadas u otras que pudieran traerse a colación, pese a ser aquéllas invariablemente exigidas por el alto Tribunal para admitir a trámite ese recurso extraordinario, circunstancia por sí sola suficiente para rechazar la objeción que se efectúa (STC 71/2002, de 8 de abril). Falta, por tanto, una demostración de la aptitud singular de los pronunciamientos citados para trabar la contradicción y reparar eventualmente en la vía judicial las lesiones denunciadas en este recurso de amparo, como tampoco hay un intento serio, ni rudimentario siquiera, de dar satisfacción a esa obligación acreditativa del supuesto paralelismo, debiendo decaer por ello la alegación. Idéntica suerte deberá correr el segundo reparo reseñado. La demanda de amparo no pretende que formulemos unos hechos distintos a los declarados probados, instando de este Tribunal, contra la invariabilidad que nos impone el art. 44.1 b) LOTC, que los modifique para favorecer un enjuiciamiento que lleve a

conclusiones distintas de las acogidas en el precedente proceso judicial (pretensión inviable que se nos ha planteado en alguna oportunidad: SSTC 252/1994, de 19 de septiembre; 68/2001, de 17 de marzo; 69/2001, de 17 de marzo; y AATC 233/1982, de 30 de junio; 252/1982, de 22 de julio; 372/1984, de 20 de junio; o 169/1986, de 19 de febrero, por ejemplo). Si fuera de ese modo, ciertamente, la demanda actora iría más lejos de lo que permite aquel precepto, sometiendo a este Tribunal la decisión de una cuestión de hecho, en el propósito de que declarara las consecuencias jurídicas interesadas sobre la base de una revisión del *factum* judicial que, en todo caso, tiene efectivamente vetada nuestra jurisdicción, como hemos dicho desde las iniciales SSTC 2/1982, de 29 de enero, y 11/1982, de 29 de marzo. Por el contrario, lejos de solicitar la alteración de los hechos probados, lo que denuncia la recurrente es la valoración que de ellos realizó la Sentencia dictada en el grado jurisdiccional de suplicación en cuanto a la credibilidad de ciertas pruebas testificales practicadas en el juicio oral, en contra de lo concluido por el juzgador a quo y en perjuicio de su interés en el proceso, negándole con ello, y con otros fundamentos adicionales, que hubiera satisfecho su obligación de aportación de indicios acerca de la vulneración del art. 14 CE que denunciaba. La pretensión, así pues, queda encuadrada en el grupo de casos regidos por el esquema de la denominada prueba indiciaria en el proceso laboral, incumbiéndonos su examen porque la discriminación, a menudo, es una realidad de prueba extremadamente compleja y porque, precisamente por ello, únicamente con el canon elaborado para ese tipo de supuestos es posible hacer aflorar, para corregirlas, las vulneraciones en su caso existentes. La imposibilidad legal y material de alterar los hechos, dicho de otro modo, no puede conducir a que el Tribunal Constitucional abdique de su función de protección del derecho fundamental, lo que nos impone revisar, con el límite mencionado y en los términos que seguidamente precisaremos, si el razonamiento que ha conducido a negar la existencia de indicios —impidiendo con ello toda viabilidad a la denuncia de discriminación, al imputar a la denunciante el incumplimiento del deber probatorio que en ella recaía— resultó arbitrario, incoherente con las pruebas practicadas o irrazonable. Según establecimos en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre, y 136/2001, de 18 de junio, para construir el juicio de constitucionalidad resultará imprescindible "determinar con precisión si, en el supuesto enjuiciado, los datos declarados como probados en la instancia, que sirvieron de base para la declaración de nulidad del despido y que, posteriormente, se estimaron insuficientes por el Tribunal superior, revisten la necesaria entidad para ser considerados como indicios suficientes ... Ello no significa que este Tribunal pueda revisar la valoración de la prueba efectuada por los Jueces y Tribunales ordinarios, 'función privativa suya' que no podemos desplazar, sin que ello obste a que podamos alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales". No incurre la demanda de amparo, en consecuencia, en un exceso respecto de los ámbitos de la jurisdicción constitucional, contraviniendo lo que previenen los arts. 117.3 y 161.1 b) de la Constitución, pues para lo que se nos pide no se nos impone la revisión de los hechos declarados probados en la instancia, ni tampoco efectuar una labor de crítica sobre el poder de convicción del material probatorio manejado por los Tribunales de procedencia, bastando analizar los hechos en que se apoya el presente recurso de amparo, tal como fueron declarados por los Tribunales ordi-

narios, desde la sola perspectiva del derecho fundamental invocado y con el propósito descrito.

3. La prohibición de discriminación contenida en el art.14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. En este sentido, la exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón de ser, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/1988, de 26 de septiembre). Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo (STC 229/1992, de 14 de diciembre). Centrada la cuestión de la denunciada discriminación en el embarazo de la actora se ha de recordar que, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de mantener, la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre; 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio, o 20/2001, de 29 de enero). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio; 240/1999, de 20 de diciembre; 20/2001, de 29 de enero, o 41/2002, de 25 de febrero). De otro modo quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo del colectivo femenino y particularmente, en lo que esta vez importa, la continuidad en el empleo por la maternidad) y, de la misma manera, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España, de cuyo valor interpretativo de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE). Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, hemos estimado diversos recursos de amparo relativos a la materia aquí enjuiciada, incluso respecto de decisiones empresariales *ad nutum*, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio), y hemos afirmado igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales, como el despido (STC 136/1996, de 23 de julio), pues la paridad que impone el segundo inciso del art.14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a

hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo. En consecuencia, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado. El examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE corrobora la amplitud de esa protección, como recordábamos en nuestra reciente STC 41/2002, de 25 de febrero. En efecto, el art. 5 d) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, señala que el embarazo no constituirá causa justificada para la resolución de la relación de trabajo. El Ordenamiento comunitario recoge soluciones análogas. De la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (SSTJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz, y de 14 de julio de 1994, asunto Webb), aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario del estado de gestación (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark). La protección de esa Directiva frente a perjuicios causados por razón de embarazo incluye, como es sabido, otras muchas situaciones aunque tengan menor conexión con el caso que ahora analizamos. Por ejemplo, protege frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo (STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown); ampara a la empleada, siempre que aquél sea el fundamento extintivo, ya sea temporal o indefinido el contrato (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark); prohíbe la no contratación debida al embarazo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker) o la no renovación por esa causa (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar), incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto Mahlbürg), y determina que será igualmente discriminatoria la ruptura del contrato fundada en el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo (respecto del trabajo nocturno, STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann-Beltermann). Por su parte, el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE —de efecto directo cuando un Estado miembro no ha adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar), lo que no se tuvo en consideración en el caso de autos—, establece la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada, que haya comunicado su estado al empresario, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad (espacio temporal sobre el que en su totalidad se extiende la protección, STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown), salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada. Recientemente nuestra normativa interna, a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, ha incorporado esas disposiciones, sin requerir expresamente que se haya producido la comunicación formal al

empresario. La protección frente a la extinción del contrato de trabajo por razón de embarazo tiene, así pues, fundamento constitucional, reflejo en las normas legales y sustento, ex art. 10.2 CE, en las fuentes interpretativas del art. 14 CE.

4. Cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, este Tribunal ha reiterado, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba en la que se fundó nuestra jurisprudencia desde sus primeros pronunciamientos, que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal y que viene recibiendo consideración en los más diversos ámbitos de creación normativa, como revela, por ejemplo, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997. Es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador. Conforme a esta doctrina y en los términos antes enunciados, nos corresponde analizar si la parte actora acreditó en el caso de autos la existencia de indicios de una conducta empresarial discriminatoria por razón de su embarazo, pues la base en la que se apoyó la Sentencia impugnada fue, justamente, el incumplimiento de la recurrente de amparo de su obligación probatoria. Procede decir a tal fin, en cuanto al tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio, según apuntaba nuestro ATC 89/2000, de 21 de marzo, que tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la

aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado. De ahí que, en situaciones como la de autos, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido —embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación —extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. En palabras de nuestra STC 41/2002, de 25 de febrero, "para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio".

5. En el presente caso, es necesario recordar que el juzgador a quo ponía en relación con la decisión empresarial una serie de hechos, a saber, fundamentalmente: 1) coincidencia en el tiempo del conocimiento del embarazo en el centro de trabajo y el cese; 2) falta de motivación para la resolución de la relación laboral, que relacionaba posteriormente con la finalización del programa NOW mucho tiempo antes de la ejecución del acto extintivo; 3) existencia de un antecedente en el Instituto demandado en el que otro cese habría estado motivado por el embarazo de una trabajadora del mismo centro de trabajo, según testimonios efectuados en el juicio y dignos de credibilidad. Frente a ello la Sentencia dictada en el grado jurisdiccional de suplicación y recurrida en amparo concluye que no existían indicios, según los siguientes razonamientos: "1) la empleadora es un organismo público que emplea a 98 mujeres y 29 hombres, lo que evidencia que en absoluto puede entenderse que exista una política laboral de discriminación hacia la mujer, y no ya solo porque este tipo de actuación sea absolutamente infrecuente dentro de la Administración pública a diferencia de las empresas privadas en las que suele presentarse con mayor intensidad, sino porque en el concreto caso de autos la enorme desproporción existente entre el número de hombres y mujeres hace realmente difícil considerar la concurrencia de una práctica empresarial discriminatoria por razón de sexo; 2) si el cese es notificado a la trabajadora el 5 de enero de 1998 con efectos de 31 de ese mismo mes, y el embarazo se encuentra en estado de gestación de 23 semanas al celebrarse el juicio el 22 de abril, no parece razonable considerar que la empresa ya tuviere conocimiento del mismo, pese a que se declare probado que la actora lo comunicó a sus compañeros de trabajo a finales de noviembre de 1997. Con independencia de que es extraño que en esa fecha la interesada ya hubiere hecho saber a sus compañeros

que se encontraba embarazada, la admisión de este dato que se declara probado en la sentencia, no permite considerar que la empleadora pudiese realmente tener conocimiento de estas circunstancias con anterioridad al 5 de enero de 1998 en que notifica el cese, y con tiempo suficiente para adoptar una decisión de este carácter en un organismo público que actúa conforme a unas normas burocráticas mucho más rígidas y complejas que las empresas privadas y necesita por tanto un mayor periodo de tiempo para tomar una medida de naturaleza tan grave como sería la de extinguir un contrato de trabajo de una empleada por el solo hecho de estar embarazada; 3) el numeroso grupo de mujeres en plantilla hace inviable considerar que una supuesta política de cesar a las mujeres embarazadas no hubiere tenido otros antecedentes en casos similares a los de la actora, y a este respecto no puede otorgarse valor alguno a la simple opinión de los testigos que manifiestan que en febrero de 1997 a una trabajadora contratada temporalmente no le fue renovado el contrato porque estaba embarazada. No solo no interpuso reclamación alguna la interesada, sino que estamos ante una simple elucubración de los compañeros de trabajo que han testificado para manifestar que creen que ese fue el motivo de la no renovación del contrato; 4) toda vez que el contrato de trabajo temporal que vinculaba a las partes se acoge a la modalidad de obra o servicio determinado y en la sentencia se declara que desde principios de 1996 dejó de realizarse el programa objeto del mismo, es obvio que en un momento u otro la empleadora habría de adoptar la decisión de darlo por finalizado, como es práctica habitual en los organismos públicos que incurren en la concertación de contratos temporales en fraude de ley que necesariamente han de rescindir ulteriormente, sin que pueda realmente exigirse una justificación mayor o adicional de los motivos de la resolución cuando el contrato temporal es manifiestamente fraudulento precisamente porque la obra o servicio es inexistente. Y aunque ciertamente se produce una relativa inmediatez entre el embarazo y el cese, los razonamientos hasta ahora expuestos nos llevan a considerar que este dato es tan solo una mera coincidencia que no puede ser elevada a la categoría de indicio suficiente de discriminación, cuando no consta que la empleadora realmente hubiere tenido la oportunidad de conocer que la trabajadora se encontraba embarazada antes de notificarle el cese, y las circunstancias ya apuntadas sobre su naturaleza de organismo público y la composición de su plantilla inciden aún más en esta consideración".

6. Las razones de la decisión son, en resumen, las siguientes: a) el carácter público del Instituto demandado y la composición de su plantilla, mayoritariamente femenina; b) la diferenciación entre el hecho probado (la actora comunicó el embarazo a sus compañeros) y el hecho determinante a probar y no acreditado fehacientemente según el Tribunal Superior de Justicia (que el empleador conociera el embarazo en el momento extintivo, sobremanera teniendo en cuenta la lentitud propia de las decisiones en el ámbito administrativo); c) la inexistencia de antecedentes de discriminación en el Instituto municipal, y en ese sentido la ineficacia probatoria de las declaraciones de testigos sobre una resolución contractual precedente, y d) el carácter imprescindible de la ejecución del cese, pues la Administración tiene obligación de poner fin a situaciones contractuales fraudulentas que haya previamente provocado. Pues bien, esa interpretación no es conforme a los derechos y valores constitucionales en juego (STC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 4), como se confirma a la vista de los datos de los que nace la discrepancia entre los órganos judiciales. Para

ello es ilustrativo traer a colación algunos elementos que se encuentran en las actuaciones y que sirven para concretar el contenido de los hechos probados cuarto y quinto, referentes principales de la divergencia judicial en la resolución del litigio y a los que nuestro enjuiciamiento, en todo caso, debe someterse. En los autos se verifica que en las testificales practicadas en el acto del juicio —que expresamente consideró creíbles el juzgador a quo ante el que se realizaron con vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad— declaró una compañera de trabajo de la demandante, relatando lo acontecido en una extinción anterior y confirmando el conocimiento del embarazo de la Sra. Núñez en el centro de trabajo. Se comprueba también que la jefa del servicio de recursos humanos del IMEB, aunque negaba haber tenido noticia del embarazo de la actora y desmentía toda relación de su estado de gestación con la extinción, concedía (ratificándose en documentos obrantes en autos) que el proyecto NOW por el cual fue contratada la recurrente no llegó a finalizar según estaba previsto, toda vez que en abril de 1996 se denegó la financiación para el período 1995-1997 por la Unidad Administradora del Fondo Social Europeo, habiendo realizado la demandante otros trabajos desde esa fecha. La Secretaria de la anterior declaró que en diciembre de 1997 se conocía su embarazo en la empresa. La Jefa del servicio de investigación e innovación educativa del Instituto ratificaba la declaración que realizó con ocasión de la apertura de una información reservada en el Instituto, a raíz de la demanda de la actora, en la que aseveró que conocía el embarazo de la trabajadora desde mediados de diciembre de 1997. Se aportaron a autos otras declaraciones efectuadas en esas comparecencias, por ejemplo la de la directora de los servicios educativos del IMEB, que decía haber tenido noticia del embarazo en fechas próximas a la extinción, o la de la jefa del programa de evaluación educativa del Instituto, que supo del estado de gestación desde la primera quincena del mes de diciembre de 1997, cosa que refrendó con su testimonio en el juicio oral. Así, el juzgador a quo parte de lo siguiente: conocimiento del embarazo en el centro de trabajo, conexión temporal entre embarazo y cese, y desconexión entre cese y finalización del programa que motivó la contratación. Frente a ello, el Tribunal Superior de Justicia se opuso a la inferencia realizada por el juzgador a quo, negando la aportación de indicios por la demandante. Sus razones, sin embargo, son inatendibles. En primer lugar, el carácter público del organismo contratante no es argumento suficiente para colegir la inexistencia de lesión, marginando el funcionamiento de las reglas de distribución de la carga de la prueba propias de la prueba indiciaria en el proceso laboral. Las SSTC 48/2002, de 25 de febrero, 84/2002, de 22 de abril, y 114/2002, de 20 de mayo, por ejemplo, son claros exponentes de la obligación de la Administración de acreditar la regularidad de sus actos cuando se ha ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental, lo mismo que es lugar común, como ya se dijo en las SSTC 127/1987, de 16 de julio, o 166/1988, de 26 de septiembre, que la prohibición de discriminación opera en forma más intensa cuando se trata, como aquí ocurre, de un empleador de carácter público "que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE), sin asomo alguno de arbitrariedad (art. 9.3 CE)" (STC 48/2002, de 25 de febrero). En ese sentido, decíamos en la STC 114/2002, de 20 de mayo, que el margen de discrecionalidad que es característico de las decisiones administrativas en materia de autoorganización de sus servicios no modifica la exigencia de esa carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en

el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, aunque se aceptara que aquellas no precisaran ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales. Esa dirección interpretativa se confirma en otros referentes normativos, entre los que despunta la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que explícitamente establece que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos. Algo semejante hay que decir en cuanto al último de los fundamentos de la Sentencia impugnada. En efecto, la existencia de un fraude en la contratación no justifica constitucionalmente el cese si tras él subyace un empleo discriminatorio de la causa extintiva, siendo exigible al demandado como en cualquier otro caso, si se ha ofrecido un panorama indiciario, la prueba de que la medida fue ajena a la vulneración del derecho fundamental. Y es que, al margen del efecto legal que posea la concurrencia del fraude declarado, cuando se ha aportado un indicio de vulneración constitucional no nos moveremos ya en el plano de la legalidad ordinaria, en el que la extinción de un contrato temporal por la llegada de su término final puede operar como causa de finalización de la relación laboral [art. 49.1 c) LET], perteneciendo la medida al ámbito de la libertad de contratación del empleador salvo que otra cosa se deduzca de los pactos y convenios colectivos a cuyo carácter imperativo y fuerza vinculante se encuentre sujeto. Al contrario, en ese escenario la cuestión radicará en discernir si el cese constituyó realmente una extinción consensual (por vencimiento del término pactado) o si respondió a una vulneración del derecho fundamental aducido (aquí la prohibición de discriminación), debiendo realizarse nuestro control superando los meros planos de la legalidad para confrontar en el caso concreto el acto extintivo de la empresa con el precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y cuyo predominio debe quedar garantizado, pues, incluso si concurriera causa legal para proceder a la extinción, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre, o 173/1994, de 7 de junio). El argumento relativo a la composición de la plantilla resulta igualmente inaceptable. En primer lugar porque no está en cuestión una discriminación por razón de sexo no adjetivada sino otra cualificada por embarazo, y porque el quantum de contratación de mujeres no excluye por defecto una discriminación singular. Criterio este que puede extenderse también a otro de los razonamientos de la Sala de lo Social, aquél según el cual la discriminación no era previsible porque no se habrían producido con anterioridad otras situaciones que pudieran ser caracterizadas en el Instituto demandado como discriminatorias por razón de embarazo. En lo concreto, debemos añadir que no existió valoración alguna de la naturaleza jurídica de las relaciones de referencia ni de su incidencia en el signo de la composición de la plantilla del Instituto. No se olvide que la trabajadora recurrente estaba vinculada con un contrato de trabajo temporal y que resultaba posible, como alega, que fueran factores ajenos al sexo los determinantes de la composición mayoritariamente femenina del personal del Instituto, por ejemplo el mérito y la capacidad acreditada en

pruebas de acceso a la condición funcional. El factor clave de la resolución impugnada es otro. En los hechos probados el juzgador no hace constar el conocimiento del embarazo por parte del empleador, limitándose a afirmar que la trabajadora dio cuenta de su estado a sus compañeros de trabajo, sin recoger, explícitamente, que la noticia fuera de público conocimiento ni que existieran otros hechos de los que derivar que aquél hubiera llegado a los rectores de la institución que tomaron el acuerdo de cesarla. El conocimiento del embarazo por parte de quienes adoptaron la decisión extintiva no ha sido, por tanto, declarado probado de forma expresa, a pesar de resultar fuertemente indicativo que admitieran tener noticia de aquél personas con cargos de entidad en el organismo. Sea como fuere, el silencio de los hechos sobre esa circunstancia no es por sí solo suficiente para rechazar la existencia de un panorama indiciario, pues concurren otros datos que permiten deducir la probabilidad de la lesión, sobre todo cuando el desconocimiento empresarial del embarazo tampoco fue declarado (a diferencia de lo que sucedía, por ejemplo, en el caso de nuestra STC 41/2002, de 25 de febrero) y cuando no es exigible la comunicación al empresario, al pertenecer al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 CE). En este sentido, la ya citada STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark, declaraba que la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado cuando éste no precisa tener noticia para el cumplimiento de sus obligaciones. Por lo demás, la normativa aplicada carecía de precisiones en el momento de acaecer los hechos en torno a dicha comunicación como condicionante de la protección de la trabajadora embarazada, lo que debería haber sido tomado en consideración por el Tribunal Superior de Justicia. En suma, está fuera de controversia que la gestación se conocía en el centro de trabajo; queda también al margen de toda duda la correlación y proximidad temporal entre el conocimiento en el centro de trabajo de ese hecho y la extinción (circunstancia relevante según nuestras SSTC 87/1998, de 21 de abril; 101/2000, de 10 de abril; 214/2001, de 29 de octubre; 84/2002, de 22 de abril, o 114/2002, de 20 de mayo), y resulta incontrovertible la desconexión temporal entre el cese (acordado en 1998) y el momento en el que se verificó la causa legal que hubiera habilitado regularmente la ruptura contractual —muy anterior en el tiempo, en 1996, cuando se tuvo constancia de la finalización de la financiación del programa NOW que justificó la contratación de la Sra. Núñez. Los dos primeros son factores que generan una fuerte apariencia de probabilidad de la lesión, mientras que el último de los citados representa un elemento que no hace sino reforzar la duda generada por la conexión temporal, dado que, no habiéndose producido la ruptura contractual en todo ese período previo (entre 1996 y 1998), la consumación de la extinción concurrente el embarazo, al calor de su conocimiento en el centro de trabajo, implica un poderoso exponente de la posible vulneración del derecho fundamental. Si bien es cierto que la circunstancia de que el acto extintivo sea improcedente, al carecer de causa, no implica por defecto que sea además discriminatorio, al no derivar automáticamente de su antijuridicidad la vulneración constitucional (SSTC 135/1990, de 19 de julio, o 41/2002, de 25 de febrero), también es indudable que ese elemento añade seriedad al panorama indiciario ofrecido por la trabajadora. Frente a esos indicios indebidamente desechados en el grado jurisdiccional de suplicación, declaraba razonadamente la Sentencia de instancia que el IMEB no aportó una justificación suficiente de la causa real que le llevó a resolver la relación laboral, desconectándola por completo del embarazo, como exige nuestra jurisprudencia.

Ciertamente, la invocación de la causa extintiva por finalización del programa NOW no tiene aptitud para contrarrestar el panorama indiciario derivado del relato de hechos probados (señaladamente de su ordinal cuarto, que establece que la prestación laboral de la actora sólo eventualmente tuvo por objeto las actuaciones propias del programa NOW) ni tampoco es suficiente para neutralizar las circunstancias y conexiones temporales concurrentes, hasta el punto que otra interpretación permitiría al empresario utilizar a su antojo —valiéndose de ellas con una finalidad inconstitucional— las causas legales previstas para la extinción de los contratos de trabajo, haciéndolas efectivas no en el momento histórico en el que se concretaron sino en cualquier tiempo posterior y con aquella finalidad ilícita. Entonces, no cumplió el IMEB con su obligación probatoria consistente en acreditar que fueron otras las causas motivadoras de la decisión, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador del derecho fundamental aducido. Siendo así, debemos establecer que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia impugnada en amparo no cumplió las exigencias de la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en los supuestos en que se invoca y acredita la existencia de un indicio de lesión del derecho fundamental de la trabajadora en la actuación empresarial y, por consiguiente, no reparó —y lesionó, por tanto— el derecho de la recurrente a no sufrir discriminación por razón de su embarazo (art. 14 CE). Quedan al margen de esa conclusión las consecuencias que lleven aparejadas las intervenciones legislativas que se han producido con posterioridad a los hechos enjuiciados y siguiendo las prescripciones del ordenamiento comunitario, aprobando una reforma para dar una protección singular frente a la finalización del contrato de trabajo de la mujer embarazada o en permiso de maternidad. Nuestra decisión, por razones de congruencia, resulta de la aplicación de la doctrina constitucional sobre la prueba en el proceso laboral, omitiéndose por tanto (vistas las circunstancias concurrentes, el signo de la resolución impugnada y el momento normativo al que responde esa decisión judicial) el efecto y las repercusiones de esa estrenada protección legal en supuestos distintos, con exclusión en su caso de la dinámica de la prueba indiciaria en las situaciones regidas por la prohibición legal de extinción contractual.

7. Las consideraciones que anteceden conducen a la estimación del amparo y sólo resta determinar el alcance de los pronunciamientos previstos en el art. 55 LOTC. En este sentido, toda vez que la Sentencia de instancia declaró la nulidad del despido por lesión del derecho fundamental a la no discriminación de la Sra. Núñez, bastará para restablecer a ésta en la integridad de su derecho con anular la Sentencia de suplicación impugnada, declarando la firmeza de la Sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Patricia Núñez Pascual y, en su virtud:

1º Reconocer el derecho de la demandante a no ser discriminada por razón de sexo.

2º Anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de febrero de 1999, recaída en el recurso de suplicación núm. 5759/98, lo que implica la firmeza de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona el 24 de abril de 1998, dictada en los autos núm. 245/98.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a treinta de enero de dos mil tres.

COMENTARIO A LA STC 17/2003, DE 30 DE ENERO.

El artículo 14 de la Constitución española de 1978 reconoce el derecho a no ser discriminado por razón de sexo. Esta previsión constitucional vincula a todos los poderes públicos, entre ellos al Poder Judicial. Sin embargo la aplicación judicial del derecho permite diversas interpretaciones en la labor de subsunción de los hechos en el supuesto de hecho de la norma de la que se va a derivar una determinada consecuencia jurídica. Así ha ocurrido en el caso que nos ocupa. Un mismo hecho, el despido de una trabajadora en estado de gestación, ha sido considerado por el órgano de primera instancia (el Juzgado de lo Social) como discriminatorio por razón de sexo y por lo tanto nulo. Pero el órgano de segunda instancia (el Tribunal Superior de Justicia) no ha apreciado esa discriminación, al considerar que el embarazo no es la causa del despido. Esto es perfectamente posible, en primer lugar por el principio de independencia judicial consagrado en el Art. 117 CE y desarrollado en la LOPJ, y además, porque en todo litigio existen dos partes contrapuestas que sostienen una posición distinta sobre unos mismos hechos, de tal modo que sólo se puede dar satisfacción a la pretensión de una de las partes, prevaleciendo, en última instancia, la resolución que adquiera firmeza. Pero en materia de derechos fundamentales esta última decisión corresponde al TC. La intervención del Tribunal Constitucional se va a producir con la finalidad de proteger el derecho fundamental a la igualdad, porque una de sus funciones es la defensa e interpretación de la Constitución, para la que tiene atribuida, entre otras, la competencia para conocer del recurso de amparo cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales. La sentencia que resuelve un recurso de amparo va a vincular especialmente a los jueces y tribunales, como expresamente establece el art. 5 de la LOPJ.

El TC considera que el embarazo es un hecho biológico que afecta exclusivamente a las mujeres, y, por lo tanto, "los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE" (FJ 3). Pero, esta sentencia 17/2003 adquiere especial importancia, en la protección del derecho a la no discrimi-

nación por razón de sexo, porque el Tribunal ha realizado una interpretación del art. 14 en relación con el 10.2 CE que enlaza con la Directiva 76/207/CEE donde se consagra que "el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo", e incorpora la jurisprudencia del TJCE (SSTSJCE de 4 de octubre de 2001, asuntos Jiménez Melgar y Tele Danmark, ver números 8 y 9 de ésta revista) y, especialmente la Directiva 92/85/CEE, que establece la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada, que haya comunicado su estado al empresario. Recordando que la Ley 39/99, de 5 de noviembre ha incorporado estas previsiones, sin exigir que se produzca una comunicación formal al empresario(FJ 3).

Ahora bien, para determinar la discriminación que implica la inversión de la carga de la prueba es necesario que la actora acredite en el proceso un principio de prueba, un indicio que sea algo más que la mera constatación de la gestación, es decir, se exige justificar que ésta es la causa del despido. Y es aquí donde dónde se diferencian las sentencias del Juzgado de lo Social y la del TSJ, para el primero, son indicios que permiten la inversión de la carga de la prueba, el conocimiento del embarazo en el centro de trabajo, la conexión temporal entre embarazo y cese, y la desconexión entre la finalización del programa para el que fue contratada y la finalización del contrato que se produce con posterioridad. Pero para el segundo, el TSJ, no se han aportado indicios suficientes, porque no se ha acreditado que la empresa tuviera conocimiento del embarazo, porque no cabe pensar que exista una práctica empresarial de discriminación por razón de sexo, por el carácter público del empleador y por el número de mujeres contratadas muy superior al de los hombres (98/29), y no existir anteceden-

tes de despido por embarazo, así como por la necesidad del cese al haber terminado el programa para el que se la contrató, y estar en situación fraudulenta.

El TC rechaza los argumentos del TSJ, y considera que en el proceso se ha acreditado mediante la prueba testifical que la empresa tenía conocimiento del embarazo, rechaza que el carácter público del empleador y la composición de la plantilla mayoritariamente por mujeres sean argumentos que excluyan por sí mismos la posibilidad de discriminación, y que "la existencia de un fraude en la contratación no justifica constitucionalmente el cese si tras él subyace un empleo discriminatorio de la causa extintiva, siendo exigible al demandado como en cualquier otro caso, si se ha ofrecido un panorama indiciario, la prueba de que la medida fue ajena a la vulneración del derecho fundamental." (FJ 6). Por todo ello, el TC considera fuera de toda duda que existe una correlación temporal entre cese y embarazo, que es conocido por la empresa y que la causa oficial del cese la finalización del programa NOW en 1996 está muy lejos de ser la verdadera causa de un cese que se produce en 1998. De todo esto se deduce que la actora ha aportado indicios suficientes que no han sido desvirtuados por la demandada, que "no aportó una justificación suficiente de la causa real que le llevó a resolver la relación laboral, desconectándola por completo del embarazo, como exige nuestra jurisprudencia". (FJ 6). El TC reconoce el derecho de la demandante a no ser discriminada por razón de sexo, y anula la sentencia del TSJ de Cataluña, declarando la firmeza de la del Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona, que declaró la nulidad del despido, por discriminatorio, y condenó a la empresa a la readmisión.(M^a DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ. PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 17 DE ENERO DE 2003. DISOLUCIÓN DE CONVIVENCIA EN RELACIÓN DE AFECTIVIDAD ANÁLOGA A LA CONYUGAL

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS (SALA DE LO CIVIL), DE 17 DE ENERO DE 2003.

PONENTE: EXCMO. SR. D.: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fue ejercitada, en el presente caso, una acción que tenía por base fáctica la convivencia more uxorio o unión (o matrimonio) de hecho y por base jurídica la disolución por voluntad unilateral de uno -el varón- de los dos convivientes, reclamando la perjudicada -la mujer- la mitad del valor de los bienes adquiridos que se relacionan en la demanda y se enumeran en la sentencia de instancia, por razón de que la convivencia generó la creación de una comunidad de bienes, cuya disolución y liquidación se interesa, o bien, subsidiariamente, un régimen de participación en las ganancias, o una sociedad universal de ganancias, o una sociedad de gananciales. Los hechos, tal como se exponen en la sentencia de instancia, son los siguientes: aproximadamente, entre los años 1973 y 1992 aunque con diversas interrupciones e intermitencias no perfectamente constatadas en atención a la peculiaridad de la relación personal de que se trata, los litigantes convivieron more uxorio o a la manera matrimonial, habiendo tenido dos hijos reconocidos fruto de dicha relación extramatrimonial, constando que en el referido año 1992 suscribieron los litigantes un acuerdo en el que, además de poner fin a la referida convivencia de hecho, se fijó, a cargo del apelado el pago de una pensión mensual de 40.000 pts. para el sostenimiento y atenciones del hijo común menor de edad así como que el referido recurrido se obligaba a facilitar a la apelante vivienda donde fijar ésta su domicilio durante el término de 8 años, suponiendo ello que la misma residirá en su actual domicilio propiedad del recurrido o en cualquier otro que éste la facilite, siendo de cuenta de ella los gastos de los servicios de la vivienda facilitada. Dicha sentencia, dictada por la Audiencia Provincial, Sección 11ª, de Madrid, de 27 de enero de 1998 desestima la demanda, confirmando la que había dictado el Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de la misma ciudad. Esencialmente, la desestimación de la demanda se fundamenta en que la demandante "no acreditó...haber participado con dinero o aportación económica propia en la adquisición del referido patrimonio que figura, todo él, a nombre y adquirido por apelado (el varón; parte recurrida, ahora, en casación) no constando tampoco que haya trabajado por su cuenta..." (la mujer, demandante y recurrente en casación). Aunque, a la vista de este texto literal de la sentencia objeto de la presente casación, es de destacar que precisamente por ello, por carecer de aportación económica y no trabajar, ha interpuesto la demanda rectora del proceso.

El recurso de casación interpuesto por la misma, se funda en el nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y contiene tres motivos. El primero alega la infracción de normas del Código civil, artículo 3.1 sobre interpretación de las leyes conforme a la realidad social y artículo 4.1 sobre analogía; de la Constitución Española, artículos 32.1 sobre el ius connubi y

39.1 sobre protección de la familia; y de la jurisprudencia, según una serie de sentencias que cita. El segundo de los motivos reitera los argumentos vertidos en el anterior y hace una incorrecta, por mal alegada y mal planteada, denuncia de incongruencia. El tercero, que alega infracción de los artículos 1254 y siguientes del Código civil se refiere a la existencia de un contrato entre las partes, lo que no tiene sentido, ya que no hubo ni se adujo siquiera en la demanda, relación contractual alguna.

Con lo cual, la cuestión clave queda planteada: tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación.

SEGUNDO.- Sobre la convivencia more uxorio, la doctrina ha elaborado numerosos estudios en la época actual, por la realidad social de su proliferación y por la consideración que jurídicamente merecen, lejos de una abstención típica de tiempos pasados y que tuvo reflejo en los Códigos civiles de los anteriores siglos, incluyendo el español.

La legislación ha permanecido ajena a este tema, por lo menos explícitamente y hasta muy poco ha, aunque es bien cierto que anteriormente sí se había regulado la unión familiar de hecho en el Fuero Juzgo, Fueros municipales y Las Partidas. Pero si ha carecido de expresa consideración jurídica, ello no significa que sea contraria a la ley: es alegal, no ilegal; no está prevista, pero tampoco prohibida; es ajurídica, no antijurídica; sus indudables efectos, inter partes en la convivencia y por la disolución y respecto a la filiación, no son ignorados por el jurista en general, ni por el juez en particular. La Constitución española no contempla directamente la unión de hecho, pero sus normas le pueden afectar directa o indirectamente: así, el artículo 9.2 impide su discriminación en aras a los principios de libertad e igualdad, el artículo 10.1 le hace aplicable el principio de dignidad de la persona y el artículo 14 al proclamar el principio de igualdad evita un trato discriminatorio; más específicamente, el artículo 39.1 proclama la protección de la familia y ésta no sólo es la fundada en el matrimonio, sino también la que se basa en la convivencia more uxorio.

En el ámbito legislativo, sí han sido reguladas las uniones de hecho en una serie de leyes de aplicación territorial a ciertas Comunidades Autónomas y temporal a partir de su entrada en vigor, por lo que no es aplicable al presente caso la dictada en la Comunidad de Madrid, Ley 11/2001, de 19 de diciembre.

Ante la realidad de la doctrina y la ausencia de la legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o de voluntad unilateral. Se ha referido a la misma como familia natural (sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (sentencia de 10 de marzo de

1998), realidad ajurídica, con efectos jurídicos (sentencia de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de julio de 2001). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (sentencias de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997) lo que se resume así: La convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo -hoy por hoy inexistente- sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001).

TERCERO.- La cuestión que con más frecuencia se ha planteado a esta Sala, es decir, el supuesto más conflictivo, es la disolución o ruptura de la convivencia y la reclamación del perjudicado frente a la situación injusta en que queda. Este es el caso presente: está acreditada la convivencia *more uxorio*, es hecho admitido la ruptura por voluntad unilateral del varón (demandado y parte recurrida en casación), hay constancia de un acuerdo relativo a los alimentos al hijo menor de edad y al uso temporal de una vivienda y, finalmente, se ha pactado el patrimonio (que ni siquiera es un gran patrimonio) adquirido constante la convivencia, que aparece como de titularidad exclusiva del varón y la carencia de bienes de la mujer (demandante en la instancia y recurrente en casación) que incluso ha obtenido el beneficio de justicia gratuita para el presente litigio.

Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (sentencia de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (sentencia de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bien-

es (sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).

En el caso presente, no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (artículo 393, segundo párrafo, Código civil), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer. Lo cual no significa -siempre en relación con el caso presente- llegar al absurdo de entender que una de las partes -la mujer, en este caso y en todos los que han llegado a esta Sala- deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales.

CUARTO.- Tras lo expuesto hasta ahora, es clara la estimación del recurso de casación, pues no puede admitirse la posición de la sentencia de instancia que le niega todo derecho ("atribución patrimonial común" dice como conclusión) a la mujer, cuya ruptura de convivencia le ha sido impuesta. Dentro del recurso, se acoge el motivo primero y se entiende que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 3.1 y 4.1 del Código civil al no interpretar la normativa jurídica conforme a la realidad social, ni apreciar la analogía, en este caso analogía *iuris* que da lugar a la aplicación de los principios generales del Derecho; se ha infringido el artículo 39.1 de la Constitución Española al negarse protección a la familia, en este caso fundada en una unión de hecho y, en definitiva, se ha infringido la jurisprudencia de esta Sala, que, como se ha dicho y repetido, evita el perjuicio injusto que sufre una parte como consecuencia de una unión de hecho en la que se ha producido una ruptura. Por lo cual, esta Sala asume la instancia (artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y debe resolver conforme a lo expuesto y de acuerdo con la *actio pretendi*: la demanda ha expuesto unos hechos que en lo esencial han sido admitidos y en lo fundamental han sido recogidos como probados en la sentencia de instancia; en los fundamentos de derecho se alega, una y otra vez, la existencia y la normativa de varias de las instituciones jurídicas de comunidad aunque también se hace una referencia al enriquecimiento injusto (en estos términos: "pues bien, cualquiera que sea la postura doctrinal que se admita, lo cierto es que es innegable que ha existido una puesta en común de esfuerzo económico y de ganancias, y que no puede pretenderse que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de uno sólo de los miembros de la unión paramatrimonial, con aprovechamiento del trabajo y los esfuerzos del otro.") y en el suplico se reclama la mitad del valor del patrimonio adquirido, constante la convivencia (que se relaciona, como hecho probado, en la sentencia de instancia). Conviene recordar la línea jurisprudencial que recoge la sentencia de 10 de marzo de 1998 al decir: "Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el Ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16

de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos (cuyo artículo 16.1.b, entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado." No se aprecia, como se ha dicho, la existencia de una comunidad, sino que se otorga a la demandante -la mujer, perjudicada- la indemnización correspondiente a la ruptura de la convivencia, evitando así el perjuicio injusto -sin causa- que ha sufrido. Lo cual se relaciona con la institución, que es expresión de un principio general del Derecho, del enriquecimiento injusto. Esta Sala ha entendido (en sentencias de 16 de diciembre de 1996 y 27 de marzo de 2001) que no es cambio de causa petendi que daría lugar a incongruencia, la variación del punto de vista jurídico cuando se parte de los mismos hechos y se respeta el suplico, aunque se acuda a la institución del enriquecimiento injusto. En este caso, procede otorgar como compensación el valor del tercio de los bienes relacionados como patrimonio adquirido vigente la convivencia: no es la mitad puesto que no se ha aceptado la existencia de una comunidad; los bienes los ha acreditado la sentencia de instancia, en estos términos: "figuran a nombre del demandado en virtud de escritura pública del 26-7-1981 el piso de la c/, de esta capital, finca hipotecaria nº 67.000 del Registro de la Propiedad nº 9 de esta capital, así como una plaza de garaje adquirida por otra escritura del 26-9-1985, siendo la finca hipotecaria nº 113.438 de dicho Registro de la Propiedad. También figuran a nombre del mismo dos automóviles marca Opel Omega y Seat 1430, así como un bungalow sito en la localidad de Guardamar del Segura, finca hipotecaria 55.039 del Registro de la Propiedad nº 2 de Torreveja comprada en escritura pública del 29-5-1989". Cuyo valor será el del momento en que se proceda a la definitiva liquidación y adjudicación a la demandante, recurrente en casación.

En cuanto a las costas, no procede condena en costas en primera instancia al estimarse parcialmente la demanda, conforme al artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni tampoco respecto al recurso de apelación. En este recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 1715.2 de la misma ley, cada parte satisfará las suyas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION formulado por la Procuradora D^{ña} Gema de

Luis Sánchez, en nombre y representación de D^{ña} A.M.D., frente a la sentencia dictada por la Sección undécima de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 27 de enero de 1.998, que CASAMOS y ANULAMOS y, en su lugar, estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D^{ña} A.M.D. y condenamos al demandado D. J.M.J. a que le abone el tercio del valor de los bienes relacionados en el último fundamento de esta sentencia, computados al tiempo en que se ejecute efectivamente, lo que se hará en el trámite de ejecución de la misma.

No se hace condena en costas en ninguna de las instancia ni en este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

COMENTARIO A LA STS DE 17 DE ENERO DE 2003.

El Tribunal Supremo (TS) estima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, que casa y anula, aceptando parcialmente la demanda y condenando al demandado a que abone a la perjudicada el tercio del valor de los bienes relacionados en el último fundamento de la sentencia. El interés de esta resolución reside en que el demandado fue conviviente a la manera matrimonial con la demandante entre los años 1973 y 1992, tiempo durante el cual tuvieron dos hijos reconocidos fruto de la relación extramatrimonial.

Ante la ausencia de ley aplicable al caso⁵⁸, el órgano judicial resuelve en base a los principios generales del Derecho la difícil cuestión de la disolución o ruptura de la convivencia *more uxorio* y la reclamación de la perjudicada frente a la situación injusta en que queda. Es particularmente importante la relación del principio general aplicado, la protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho, con la institución del enriquecimiento injusto, que se justifica en normas de diversa índole -constitucionales y de Derecho privado- y se apoya en consideraciones de previas sentencias del Tribunal Constitucional (TC)⁵⁹ y del TS.

La resolución objeto de este comentario resalta, en este sentido, porque se aparta de argumentaciones utilizadas, hasta el momento presente, por la doctrina y asumidas por la jurisprudencia para resolver las controversias planteadas en atención a las uniones de hecho. De esta manera aquí ha descartado el TS acudir al sistema de la comunidad de bienes de los artículos 392 y ss. del Código Civil; aplicar los artículos 1411 y ss. del mismo texto normativo relativos al régimen de participación; considerar la creación de una sociedad civil entre los componentes de la unión de hecho o, finalmente, la aplicación por analogía del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales.

En esta ocasión, se produce un apoyo únicamente en la aplicación de la última fuente formal del ordenamiento jurídico justificándose porque, según expresa el propio TS, «la

⁵⁸. En el presente caso, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, no pudo aplicarse debido a que todavía no se encontraba en vigor. Su vigencia comenzó el 4 de enero de 2002.

⁵⁹. SSTC 222/1992, de 11 diciembre; 47/1993, de 8 febrero y 6/1994, de 18 enero.

legislación ha permanecido ajena a este tema». Es cierto que esta ajenedad ha tratado de atenuarse por las cámaras legislativas autonómicas, acaso incentivadas por los distintos fracasos de las iniciativas de regulación a nivel nacional. Así, la reciente Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho de Canarias dispone que «los miembros de la pareja [...] pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia»⁹⁰; en defecto de pacto, situación similar a la de nuestra sentencia, habría de acudir al apartado tercero del mismo precepto, que inserta en una presunción jurídica al trabajo doméstico como una contribución al mantenimiento del hogar y a los gastos comunes. En este aspecto, es más explícita la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, al disponer que «cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que [...] haya trabajado para el hogar común [...] tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto»⁹¹. La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña, prevé los efectos de la extinción de la unión en vida de los convivientes en sus artículos 13 y 14, para las uniones heterosexuales, y 31, para las homosexuales. De similar forma se expresa el artículo 7 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón y el artículo 9 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, de las Illes Balears. También las Comunidades de Andalucía, Asturias y Valencia han aprobado sus respectivas leyes sobre la materia, aunque no se contempla en ellas una regulación para este aspecto concreto.

Se advierte, de lo expuesto en el párrafo anterior, que la actividad legislativa de distintas Comunidades Autónomas ha tratado de solventar el problema de la inexistencia de ley aplicable a esta realidad. A pesar de ello, en aras de una mayor seguridad jurídica, para evitar que nuestro ordenamiento regule esta situación a través de leyes desdobladas generando una falta de armonía jurídica, y porque el marco competencial de las Comunidades Autónomas impide una regulación íntegra, sería conveniente la aprobación de una ley a nivel estatal general. Ya ha habido resoluciones judiciales como la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) número 280/2002, de 2 de mayo, que ponen de manifiesto esta situación de inseguridad y desarmonía jurídicas. El órgano jurisdiccional aragonés pudo resolver, en atención al artículo 7 de la Ley 6/1999 de la Comunidad (antes mencio-

nada), una controversia similar a la que se le ha planteado al TS en la resolución que ahora se comenta: la Sección, en atención a los doce años de convivencia, valora el trabajo no remunerado realizado por la recurrente para el hogar y cuidados a las hijas comunes, entre otras circunstancias concurrentes, y entendió que se produjeron «los presupuestos que la Ley Aragonesa previene en orden al reconocimiento de una indemnización que la Sala estima ponderado fijar en 2.000.000 pts, (12.020'24 euros)»⁹².

Resulta conveniente que la necesidad jurídica de compensar al conviviente en peor situación económica, habitualmente mujeres, por causa de la ruptura de la convivencia more uxorio no dependa de la previsión o de la ausencia de una norma autonómica. Ni siquiera la posible, y no deseable, solución de disponer en cada Comunidad de su respectiva ley en la materia asegura la homogeneidad y la ausencia de lagunas: el tratamiento de los efectos de la extinción en vida de la relación extramatrimonial en las actuales leyes autonómicas es una prueba de ello, ya que en algunas ni se han previsto estos efectos en ausencia de pacto entre las partes y, en las que sí se han regulado, se hallan distinciones difícilmente justificables.

Por lo que se refiere a la doctrina del TC sobre el matrimonio y las uniones de hecho, resulta obligado su mejor conocimiento y la necesidad de seguir profundizando, evidente en este caso porque el principio general del Derecho utilizado por el TS como soporte jurídico de su sentencia se desprende de normas constitucionales y de pronunciamientos del TC. Esta necesidad ha sido apuntada por la doctrina y en esta misma revista ya se han recogido pronunciamientos en este sentido⁹³.

Es preciso atender a la consideración de que las consecuencias patrimoniales de la extinción de la pareja casada no se han de aplicar de forma similar a las parejas que han decidido elegir otra forma de unión. En numerosas ocasiones ha declarado nuestro TC que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida»⁹⁴. No obstante, la opción de un tratamiento jurídico muy dispar no es la línea seguida por las distintas leyes autonómicas, ni tampoco la que ha inspirado la parte dispositiva de la sentencia que se comenta. De esta forma, habrá que considerar que algunas medidas de protección al conviviente perjudicado injustamente por la extinción de la relación, ya sea a través del pago de una compensación económica, de una pensión periódica o del uso de la vivienda habitual, no encuentran su razón en la relación jurídica matrimonial sino, más bien,

⁹⁰ Previsión contenida en el artículo 7.1.

⁹¹ Como indica el artículo 5.5.

⁹² Fundamento Jurídico Quinto.

⁹³ En concreto, es aconsejable leer los comentarios a la Sentencia del TC 180/2001, de 17 de septiembre, de F. Balaguer Callejón (nº 8, pp. 41-3) y a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, sección 4ª), de 7 de noviembre de 2002, de R. Naranjo de la Cruz (en este mismo nº 12).

⁹⁴ Vid. ATC 156/1987, de 11 febrero y, a partir de él, las SSTC 184/1990, de 15 noviembre; 155/1998, de 13 julio; 180/2001, de 17 septiembre, entre otras.

y como indica la Exposición de Motivos de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía, la encontrarían en la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE), así como en la promoción de las condiciones necesarias para que todo individuo goce de plenas condiciones de libertad e igualdad efectivas y reales (art. 9.2 CE).

De esta manera, en este supuesto concreto de compensación económica en las uniones de hecho, el matrimonio como criterio y presupuesto para la concesión de la compensación solicitada sí supondría una vulneración del artículo 14 CE. En el presente caso, dicha lesión ha sido eludida por el TS al otorgar a la recurrente el tercio de los bienes relacionados en el último fundamento jurídico de la sentencia como patrimonio adquirido durante la convivencia *more uxorio*. No obstante, hay que hacer constar que en el suplico de la demanda la perjudicada solicitaba como compensación la mitad de los bienes: ante dicha petición, expone el Tribunal que no procede en este caso otorgar «la mitad puesto que no se ha aceptado la existencia de una comunidad»⁹⁵. Argumentación que, si explica la no división del patrimonio en partes iguales, no parece que aclare los moti-

vos de su establecimiento en un tercio. Pudiera ser que en la fijación de ese porcentaje se haya ponderado por el TS la previa aceptación pactada entre las partes para que el demandado pague una pensión mensual de 40.000 ptas. para el sostenimiento y atenciones del hijo menor de edad, así como la obligación de facilitar vivienda a la mujer durante ocho años. También hubiera podido explicitarse criterios de ponderación para la fijación de la cantidad que se impone pagar al demandado, como hace la sentencia de la AP de Zaragoza número 280/2002, antes citada⁹⁶.

Por todo lo anterior, se puede valorar favorablemente esta resolución por su resultado y también en cuanto a su argumentación, aunque quizás, y como se apuntaba, sería conveniente que el aplicador dispusiese de normas positivas estatales para resolver los conflictos de una realidad que precisa de una respuesta legal. Particularmente esto es preciso en atención a las mujeres que suelen sufrir los perjuicios derivados de una falta de previsión de las consecuencias jurídicas producidas en supuestos idénticos o parecidos al que se trata en esta decisión del TS. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ Y JORGE MUÑOZ MELLADO. Área de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga).

⁹⁵. Fundamento Jurídico Cuarto.

⁹⁶. Utilizó como criterios de ponderación: los años de convivencia, el número de hijos y la edad de los mismos, la edad de cada miembro de la pareja, la carencia de todo patrimonio y la no constancia de cualificación profesional de la mujer, la situación relativamente desahogada del hombre y la pensión de alimentos a favor de los hijos.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2002. DENEGACIÓN DE PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LOS SUPUESTOS DE MATRIMONIO GITANO

TEXTO DE LA SENTENCIA

STSJ DE MADRID. SALA DE LO SOCIAL, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2002. PONENTE: EXCMO. SR. D- MIGUEL ÁNGEL LUELMO MILLÁN.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los cuatro primeros motivos del recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de instancia se amparan en el apartado b) del art. 191 de la LPL y propugnan la revisión de los hechos primero, sexto y séptimo y la supresión del undécimo y duodécimo de los declarados probados en aquella, en el sentido, respecto de los tres enumerados en principio, que es de ver en cada uno de los mismos y que a continuación se concreta, debiendo acogerse el primero porque constituye una puntualización necesaria u oportuna al relato fáctico, que, como tantas veces ha declarado ya la Sala en anteriores ocasiones, independientemente de su trascendencia, sitúa en su correcta dimensión el caso enjuiciado, no así el segundo, relativo al hecho sexto, porque en la declaración de hechos no tiene cabida uno de formulación negativa o de no constancia, ni tampoco el tercero por lo que seguidamente se señala, siendo de acoger el cuarto y último por cuanto asimismo se razona en su lugar.

En efecto, ha de matizarse que lo que fue denegado a la actora por la resolución del INSS que se menciona es la pensión de viudedad, no la de orfandad, según se deduce del folio 53 de los autos, y de ello ha de dejarse constancia porque en el referido ordinal se consigna que la actora solicitó «prestación por viudedad y orfandad» añadiendo «que le ha sido denegada por resolución del INSS de fecha 27 Mar. 2001» en lo que constituye una manifestación singular incongruente o deficitaria en relación con la primera, que se refiere a dos prestaciones, mientras que la demanda se circunscribe a la de viudedad.

Segundo. En cuanto al hecho sexto, y como ya se ha anticipado, no puede tener cabida en la declaración de hechos que el matrimonio de la actora y el causante no consta registralmente inscrito, porque esa formulación negativa lo excluye del relato como «no hecho», independientemente de la valoración que pueda darse a la circunstancia opuesta, esto es, a la inscripción registral del matrimonio.

Tercero. Respecto al hecho séptimo, correspondiente al tercero de los motivos fácticos, se pretende, en sustancia, que se haga constar que el causante estaba afiliado a la Seguridad Social con cartilla de beneficiario, constando en ella como familiares a su cargo la actora y los seis hijos de ambos, todo lo cual aparece ya en dicho ordinal, de modo que lo que en realidad se propugna es que se suprima la expresión o condición de esposa de la demandante, figurando al folio 62 de los autos fotocopia de la cartilla en cuestión y junto al nombre de aquella en la casilla «parentesco», una letra retocada que la sentencia interpreta como «esposa» (la inicial correspondiente a esa palabra) y aunque ello pueda suscitar sus dudas, pareciendo más bien una letra distinta, tal y como apunta la parte recu-

rente, la Sala no puede efectuar una ponderación distinta al respecto y propia de una prueba pericial caligráfica, siendo de significar, en cualquier caso, que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora y, en fin, que de lo que se trata es de determinar el carácter de la relación o vínculo existente entre aquél y la actora desde el punto de vista legal, con independencia de que coincida o no con lo que aparece en la mencionada cartilla, que no constituye un documento fehaciente al respecto.

Cuarto. Por lo que hace el cuarto y último de los motivos fácticos, en fin, se impone su acogimiento, según se apuntaba inicialmente, porque los «hechos» undécimo y duodécimo a los que se refiere, no son tales, ni en sí mismos considerados ni en relación con el caso, sino un anticipo de la justificación o apoyo que la sentencia intenta dar a su propio fallo, al referirse el primero de los mismos (undécimo) a la situación jurídica de los ministros o dirigentes de las iglesias o confesiones religiosas que menciona, resaltando que todos ellos están asimilados a trabajadores por cuenta ajena con protección a la familia, y el segundo (duodécimo), a la no constancia, al entender de la Juzgadora, de una norma «que expresamente prohíba el acceso del matrimonio gitano al Registro Civil», lo que ni por su formulación negativa ni por su específico contenido tiene posibilidad alguna de figurar en un relato fáctico propiamente dicho.

Quinto. El motivo quinto, en fin, amparado en el apartado c) del mismo precepto y norma que los anteriores, señala como infringido el art. 174 de la LSS en relación con los arts. 49, 59, 60 y 61 del CC, siendo de acoger también, porque ni existe discriminación alguna en el caso de la demandante porque ésta pertenezca a la etnia gitana, ni el matrimonio celebrado conforme a ese rito tiene la condición de tal en el ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, debe señalarse que el principio de igualdad y no discriminación descansa sobre la idea del tratamiento igualitario en condiciones de igualdad y de que el trato igual de los desiguales constituye una injusticia, lo que supone también que ha de partirse de la observancia del ordenamiento jurídico aplicable por parte de todos, de manera que no se pueden hacer más excepciones a su cumplimiento que las expresamente previstas en el mismo, no constituyendo, en consecuencia, discriminación alguna la exigencia de observancia en España y por los españoles de la legalidad que a sí mismo se da el pueblo español en uso de su legítima soberanía y a través de sus representantes legales, sobre todo cuando se acude a esa misma legalidad para reclamar los beneficios que de ella se derivan.

En segundo lugar, en fin, ha de distinguirse lo que es la legalidad vigente y aplicable en cada momento de aquella que pueda entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad o de un afectado o grupo de afectados por sus consecuencias, en particular, cabiendo, en su caso, actuar los mecanismos pertinentes para que dicha aspiración cristalice en una realidad tangible que la satisfaga, pero, mientras tanto, no es posible adoptar soluciones voluntaristas al respecto, por bienintencionadas que sean, que dañan el principio de separación de poderes sobre el que descansa el

Estado de Derecho y hacen concebir infundadas esperanzas –aunque formalmente lo estén– a los interesados.

Ello sentado y de conformidad con lo prevenido en el art. 49 del CC, cualquier español (como es el caso de la actora y el causante) puede optar entre contraer matrimonio en forma civil ante el juez, Alcalde o funcionario público señalado por el propio Código, o en la forma religiosa legalmente prevista, lo que conecta con lo preceptuado en los arts. 59 y 60 de ese mismo texto, todos los cuales no son sino trasunto y desarrollo del art. 32.2 de la CE, que establece que la ley regulará las formas de matrimonio.

Conforme a todo ello, si el matrimonio civil ha de celebrarse en la forma referida, el matrimonio religioso lo ha de ser también en la prevista por una confesión religiosa inscrita en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste, que es cuando dicho matrimonio produce efectos civiles, lo que lleva a su vez al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 Ene. 1979, para los contrayentes católicos, de un lado, y a las LL 24, 25 y 26/1992, de 10 Nov., de otro, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, y en desarrollo de cuyas normas se han dictado la O de 21 Ene. 1993 por la que se aprueba el modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, y la Instrucción de 10 Feb. 1993 de la DGRN sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa.

En ninguno de los casos referidos se encuentra el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico en el que se prevé la pensión litigiosa, de modo y manera que teniendo su relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito, no por ello excluyen, ni sustituyen actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto, en cuanto se trata de un matrimonio entre españoles celebrado en España.

Una «etnia», por otra parte, no constituye sino un grupo diferenciado por razón de la raza, pudiendo ser múltiples las que albergue un Estado sin que por ello se diluya o fragmente su ordenamiento jurídico general en tantos cuantas razas lo integren, independientemente de las normas específicas de que tenga a bien dotarse al efecto por tal motivo, y un «rito», en fin, no es sino una costumbre o ceremonia, o bien un conjunto de reglas establecidas para el culto y ceremonia religiosos, según las dos versiones que a la primera acepción de la palabra y única relativa al caso, da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, siendo evidente, por lo antedicho, que sólo cabe interpretar el vocablo en ese primer sentido, en cuanto el segundo exigiría la existencia de una religión propia y exclusiva de dicha etnia, lo que, por otra parte, de existir, tampoco tendría mayor trascendencia, pues habría de seguir la misma vía, y ya expuesta, que las otras concertadas con el Estado a los fines de reconocimiento de los matrimonios celebrados por las mismas, lo que no acontece en este caso.

Tratándose, pues, de una costumbre, y según determina el art. 1.3 del CC, sólo regirá en defecto de ley aplicable, debiendo, además, ser conforme a la moralidad y al orden público y resultar probada, pero no cabe poner el acento en esas condiciones subsiguientes si no se da la primera y principal, esto es, su operancia únicamente con carácter subsidiario y en ausencia de

una ley en la materia. No se discute, en consecuencia, la moralidad o la conformidad al orden público de dicho rito, sino tan sólo si tiene capacidad de obligar erga omnes cuando existen normas legales que regulan el matrimonio en España. La respuesta, evidentemente, ha de ser negativa por esta última razón y circunstancia.

El matrimonio, pues, para que produzca efectos civiles, sólo podrá serlo el contraído de forma civil o religiosa en los términos ya expresados, y el matrimonio gitano no participa, en el actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico, de la naturaleza de ninguno de ellos, exigiendo el art. 174 de la LSS la condición de «cónyuge» del causante al beneficiario/a de la pensión de viudedad, término interpretado en sentido estricto por una jurisprudencia constitucional y ordinaria tan reiterada como conocida –a pesar de voces discrepantes– que, por ello, excusa su cita, y conforme a la cual han quedado excluidas de la prestación las parejas de hecho, y cuantos, en definitiva, no han contraído matrimonio conforme a la legalidad aplicable. La literatura jurídica que ello ha provocado ha sido abundante, pero independientemente de cuál sea de lege ferenda la solución deseable, la realidad que se impone, según también se ha expresado anteriormente, es únicamente la derivada de la normativa vigente.

La sorprendente manifestación de que no consta norma que expresamente prohíba el acceso del matrimonio al Registro Civil, se desautoriza por sí misma desde el momento en que la legislación al efecto representada por los arts. 69 a 80 de la LRC y sus complementarios del Reglamento, están en función de lo que previamente establecen los arts. 61 a 65 del CC que, a su vez, son tributarios de los preceptos precedentes y ya citados de ese mismo texto (el ya meritado art. 49, en concreto) en cuanto reguladores de las formas admitidas de matrimonio, sin que, en fin, pueda darse al art. 50 otra interpretación que vaya más allá de su propio contenido, es decir, la asunción por parte del ordenamiento jurídico español de la validez del matrimonio entre extranjeros celebrado en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos, pero se da el caso de que en el enjuiciado ni los contrayentes eran extranjeros ni puede considerarse que exista, por tanto, otra ley personal que la española, sin que ni siquiera cupiera hablar de desigualdad alguna en el teórico supuesto de que a extranjeros gitanos se les permitiese en su país y ordenamiento jurídico el matrimonio por dicho rito y que, en consecuencia, éste fuese válido en España por constituir la ley personal de los contrayentes, porque, en primer lugar, no basta para alegar discriminación un mero supuesto de laboratorio jurídico sino un caso concreto y específico donde se dé trato desigual desde el ordenamiento a personas cuyas condiciones y circunstancias son las mismas y, en segundo lugar, ni siquiera en esa hipótesis cabría entender que tal desigualdad existe, pues lo que hace el ordenamiento jurídico español no es dar validez en ese caso al matrimonio contraído por el rito gitano, sino dar validez o remitirse en esta materia y conforme al art. 9.1 y 2 del propio CC, al ordenamiento del país de dichos contrayentes, independientemente del contenido de sus normas y en función precisamente de la desigualdad existente, representada por la distinta ley personal de uno o ambos en relación con los contrayentes que sean españoles, de tal manera que no serían, en ningún caso, situaciones equiparables.

Ninguna disposición tampoco de Derecho comunitario o de Derecho internacional permite otra solución, porque o se limitan a declaraciones programáticas y genéricas como las que cita la sentencia de instancia y referente al IV Convenio suscrito entre la Unión Europea y países ACP, o

se refieren, como la Directiva 2000/43 de la CE o el Convenio Internacional de la ONU de 7 Mar. 1966, que también menciona, a la igualdad de trato o a la eliminación de todas las formas de discriminación racial, nada de lo cual, como se ve, se ha vulnerado en este caso.

No hay, en fin, situación análoga alguna con los matrimonios celebrados «conforme a los usos y costumbres de religiones hasta hace poco tiempo ajenas a nuestra sociedad con la salvedad de que no es una religión» porque tal afirmación contiene una fundamental contradicción en su seno, y es precisamente la puntualización que hace finalmente: la de que el matrimonio gitano no es la forma de celebración de una determinada religión, que además, por otra parte y conforme a la legislación actual, tendría que haber alcanzado una normativa ad hoc como el es caso de las enumeradas anteriormente, sin cuyo requisito, incluso si de una religión se tratase, estaría en las mismas condiciones imposibilitantes del reconocimiento pretendido a los efectos litigiosos.

En consecuencia, tanto la sentencia recurrida como el escrito de impugnación de recurso se sitúan en un claro ámbito de ficción jurídica en su constante intento de interpretar una normativa interna e intencional que nada tiene que ver ni puede sostener la pretensión de demanda, por lo que el acogimiento de esta última efectuado en aquélla no puede mantenerse en suplicación. En el mismo sentido, en fin, se ha pronunciado también el TSJ Cataluña de 7 Oct. 1999 tal y como señala la parte recurrente.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2002.

La Sentencia comentada resuelve un recurso de suplicación presentado por el INSS frente a la sentencia de instancia, que reconocía originariamente a la actora una pensión de viudedad tras el fallecimiento del hombre con quien había contraído matrimonio por el rito gitano. Este último había cotizado a la Seguridad Social durante más de diecinueve años.

El núcleo de la cuestión se resuelve en el fundamento jurídico quinto de la sentencia reproducida. En él se sostiene que la denegación de la pensión de viudedad en lo supuestos en que la pareja ha contraído matrimonio por el rito gitano no supone discriminación alguna por razones étnicas, y se recuerda que tal matrimonio carece en nuestro ordenamiento jurídico de reconocimiento alguno.

Este fundamento jurídico comienza ciertamente con una frase que, por su generalidad, incurre en error. Señala el Tribunal juzgador que no constituye "discriminación alguna la exigencia de observancia en España y por los españoles de la legalidad que a sí mismo se da el pueblo español en uso de su legítima soberanía y a través de sus representantes legales, sobre todo cuando se acude a esa misma legalidad para reclamar los beneficios que de ella se derivan." Pues bien, no cabe duda, sin perjuicio ahora de la valoración que merezca el resto de la sentencia, que la misma legalidad invocada por el Tribunal puede incurrir en discriminación, aunque se trate de una norma legal creadora de prestaciones.

Acto seguido, el órgano judicial recuerda su sujeción a la legalidad vigente, que le impide adoptar cualquier decisión

distinta de la estrictamente prevista en ella, por mucho que los afectados y un amplio sector de la sociedad la consideren injusta. En efecto, como se indica en la sentencia del TSJ de Madrid en relación con la resolución recurrida, hasta que el legislador no afronte la correspondiente reforma, "no es posible adoptar soluciones voluntaristas al respecto, por bienintencionados que sean, que dañan el principio de separación de poderes sobre el que descansa el Estado de Derecho y hacen concebir infundadas esperanzas –aunque formalmente lo estén– a los interesados."

De este modo, nuestro ordenamiento no conoce más formas de matrimonio que el civil o el religioso en la forma prevista por una confesión inscrita en los términos acordados con el Estado, o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste, sin que ninguno de ellos sea el caso del matrimonio celebrado por el rito gitano. Las normas o formas propias de una etnia no integran automáticamente el ordenamiento jurídico estatal, salvo que desde éste se realice su reconocimiento expreso, lo que no ocurre en el caso en cuestión. Por otra parte, su calificación jurídica como costumbre ha de tener presente que, según lo dispuesto por el art. 1.3 CC, las costumbres rigen sólo en defecto de solución legal aplicable. En el caso analizado existe ley aplicable, aunque ésta no ofrezca una respuesta satisfactoria para los intereses de los afectados.

Por todo lo anterior, entiende el órgano judicial que el matrimonio celebrado por el rito gitano no produce efectos civiles y se equipara a una pareja de hecho, lo que impide conceder la condición de "cónyuge" a sus integrantes, a efectos de aplicación del art. 174 LSS sobre beneficiarios de la pensión de viudedad.

Se basa para llegar a esta conclusión a una abundante jurisprudencia constitucional sentada al efecto, muy especialmente en la STC 184/1990, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al anterior art. 160 LGSS. En la sentencia citada, el TC rechaza que la exigencia de matrimonio para el devengo de una pensión de viudedad vulnere el libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE o los arts. 14 y 39 del texto constitucional. A juicio del TC "El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole (STC 184/1990, f.j. 2). Por su parte, el art. 39 CE "no establece ni postula por sí solo –a juicio del TC– una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales" (f.j. 2).

Más adelante, en el f.j. 3, la STC 184/1990 recuerda jurisprudencia constitucional anterior, en la que se sostenía que matrimonio y convivencia extramatrimonial no eran situaciones equivalentes, lo que permitía que el legislador, en su

amplio margen de libertad, dedujera consecuencias de esa diferencia sin incurrir en una discriminación por razón de una circunstancia social. Indica el TC que "siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento. (...) razones de certidumbre y seguridad jurídica, y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanar, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario. Y por lo mismo no cabe reprochar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que éste conceda la pensión de viudedad." (Fj. 3).

Por último, a juicio del TC la decisión del legislador de excluir las parejas de hecho del disfrute de la pensión de viudedad tampoco sería lesiva del art. 41 CE que obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad. La razón sería que "el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge superviviente, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y cargo del fallecido." Más bien pretende "compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, y, en general, afrontar las repercusiones

económicas causadas por la actuación de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante (...) siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad. (...) Cuestión distinta es que el superviviente de una unión de hecho que soporte una situación de necesidad (...) no debe quedar desprotegido por el régimen público de la Seguridad Social (arts. 41 y 50 de la Constitución). Pero tal protección no tiene necesariamente que presentarse a través de la actual pensión de viudedad." (Fj. 4). Esta doctrina de la STC 184/1990 se va a mantener con posterioridad en otras, entre las que destacamos las SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 66/1994 y 39/1998.

Mejor fundada resulta sin embargo a nuestro juicio la opinión manifestada en los votos particulares contenidos en algunas de estas sentencias. Así, en la misma STC 184/1990 el Magistrado Luis López Guerra señala en su voto particular que, si el fin de la norma es compensar un daño producido por el fallecimiento de uno de los miembros de la unión matrimonial, "en el supuesto de uniones estables, tal daño o reparación económica negativa se produce con independencia de que exista o no vínculo matrimonial. Se da así, en un sentido lato, una <<situación de necesidad>> en los términos del art. 41 de la C.E., situación que afecta tanto al superviviente de una unión matrimonial como al de una unión de hecho. (...) Se produce, por tanto, una vulneración del principio de igualdad del art. 14 C.E., en relación con los mandatos del art. 41 de la misma norma, al no haber una justificación razonable, sino opuesta a las previsiones constitucionales, de la diferencia de tratamiento."

En cualquier caso, lo que pone de manifiesto una vez más la sentencia que ahora se comenta es la necesidad de una ley estatal que regule el fenómeno de las parejas de hecho en su totalidad, adaptando a la nueva realidad social normas ya desfasadas. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ. Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA NÚM. 445/2002, DE 21 DE SEPTIEMBRE, AYUDA PARA GUARDERÍA PARA EL PERSONAL MASCULINO ATS

TEXTO DE LA SENTENCIA

STSJ DE EXTREMADURA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2002. SALA DE LO SOCIAL. PONENTE: ILMO. SR. D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ.

En la Ciudad de Cáceres a veintiuno de septiembre de 2.002.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, (...), ha dictado (...) SENTENCIA Nº 445 (...) En el Recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Fernando S. A., en representación de D. F. B. C. y la Letrada D^a. Beatriz H. C., en representación de SERVICIOS EXTREMEÑOS DE SALUD, contra la resolución dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Cáceres, de fecha 28 de mayo de 2.002, en autos seguidos a instancia de D. F. B. C., contra el Organismo recurrente y el INSALUD, sobre Contrato de Trabajo, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO BRAVO GUTIERREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de diciembre de 2.001 tuvo entrada en el Juzgado de lo Social de referencia demanda suscrita por el actor, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO: En dicha sentencia y como hechos probados se declaraban los siguientes: "1º.- El demandante en este proceso F. B. C. es personal estatutario fijo con la categoría profesional de ATS/DUE, que viene prestando sus servicios en el complejo Hospitalario de Cáceres. 2º.- Con fecha 26 de septiembre de 2001 presentó el actor solicitud de complemento o ayuda para guarderías infantiles reguladas por Acuerdo de 26 de Noviembre de 1.974, que le fue denegada por Resolución de la Directora Gerente de dicho Complejo Hospitalario. 3º.- Contra aludida resolución interpuso reclamación previa que fue desestimada. 4º.- El demandante tiene un hijo nacido el 25 de marzo de 1.999. 5º.- La cuestión debatida afecta a una multiplicidad de personal masculino de las Entidades de Salud demandadas.

TERCERO: Contra dicha resolución interpusieron recurso de suplicación ambas partes, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que estima la demanda del actor, interponen recurso de suplicación los dos demandados, el Instituto Nacional de la Salud y el Servicio Extremeño de Salud, formulando este un primer motivo en el que intenta añadir uno nuevo a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida y en el que se haría constar que "según cifras oficiales del Ministerio de Trabajo tiempo total dedicado al trabajo doméstico, en cuanto concepto más amplio que el trabajo de la casa y que comprende además de este el mantenimiento, el cuidado de la familia: Año 1996, mujeres 7, horas 35', hombres 3 horas 5'; Año 2001, mujeres 7

horas 22', hombres 3 horas 10'. Según esas mismas cifras del total de la población que disfrutó de permiso por maternidad y/o paternidad de 99,73% fueron mujeres y el 0,27 fueron hombres", no pudiéndose acceder a ello porque, además de que la adición iba a ser intrascendente para el recurso, se apoya en los documentos que figuran en los folios 53 a 67 de los autos, consistentes en fotocopias cuya autenticidad o correspondencia con el original no consta, lo que las hace inhábiles para acreditar el error del juzgador de instancia, como han señalado con reiteración las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, como el de Cataluña en sentencia de 8 de julio de 1.998, el de Castilla-La Mancha en la de 15 de febrero de 1.999, el de Cantabria en la de 6 de junio de 1.996, el de Aragón en la de 27 de mayo de 1.998, el de La Rioja en la de 18 de febrero de 1.999 o este de Extremadura en las de 25 de febrero y 25 de septiembre de 1.998 y, de todas formas, los originales tampoco tendrían valor a estos efectos pues tampoco son documentos públicos, al no constar debidamente quien los emita ni cual sea su fuente.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso del Servicio Extremeño de Salud se denuncia la infracción del apartado 1º del Acuerdo de 26 de noviembre de 1974, en relación con el artículo 3 del Código Civil y con la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril y 20 de marzo de 1.997 y la del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1.987, doctrina cuya infracción se denuncia en el primero de los motivos del recurso del Instituto Nacional de la Salud; alegaciones que no pueden prosperar, bastando con reproducir aquí lo expuesto por esta Sala en sentencia de 16 de febrero de 2.001, no existiendo motivo alguno para cambiar de criterio:

"PRIMERO.- Al actor, personal estatutario al servicio de la demandada INSALUD con la categoría profesional de celador en el Complejo "Hospitalario C." y con un hijo a su cargo menor de seis años, le ha sido denegada en la instancia su pretensión de recibir la ayuda por guardería para el curso 1999/2000, en la cantidad de 4.000 ptas. mensuales. Este tipo de ayudas se estableció por Acuerdo de 26 de noviembre de 1974, de la Comisión Permanente del INP como remedio transitorio a la ausencia de Guarderías Infantiles propias de las Entidades Gestoras, instituyendo un complemento o ayuda por guardería, a favor del personal femenino de Instituciones Sanitarias cerradas, beneficio que fue extendido mediante Circular de 20 de junio de 1980 al personal masculino viudo. Respecto de dicha ayuda la doctrina jurisprudencial ha establecido, al plantear dificultades en orden a su adecuación al art. 14 de la Constitución Española, dada su condición de normativa preconstitucional, que el referido complemento ha de beneficiar también al personal con vinculación interina -sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 4 de octubre y 17 de diciembre de 1996, 31 de enero, 5 y 17 de marzo de 1997- dado que el Acuerdo venía referido al personal femenino de plantilla, y que no es discriminatorio que solo afecte al personal femenino de Instituciones Cerradas de la Seguridad Social y no al de Instituciones Abiertas -sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1992, 29 de enero, 16 de marzo y 2 de julio de 1993, 11 y 31 de mayo de 1994 y 31 de enero de 1997- afirmando, por último, y en

cuanto atañe a este recurso, que tampoco es contrario al art. 14 de la Constitución Española que los varones queden al margen de citado beneficio. Esta última afirmación es la mantenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 128/1987 de 16 de julio, sentencia esta última que sirve de fundamento al Tribunal Supremo para los pronunciamientos a este respecto citados por la resolución recurrida, sentencias dictadas en recurso de casación para la unificación de doctrina de 20 de marzo y 15 de abril de 1997.

Nuevamente, en el presente recurso se plantea la cuestión de si esta diferencia de trato vulnera el art. 14 de la Constitución Española, alzándose el recurrente frente a la resolución de instancia, que reitera las argumentaciones empleadas por el Tribunal Constitucional en el año 1986 y por el Tribunal Supremo para negar tal discriminación, y al amparo del apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción por la sentencia de instancia del indicado precepto constitucional, así como de lo dispuesto en el art. 9.2 y 39.1 de la Carta Magna en relación con el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores. De esta forma propone la recurrente el nuevo examen de la cuestión planteada tras la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que ofrece una nueva visión sobre la cuestión sometida a examen, por consecuencia de las modificaciones que la misma establece y que afectan al Estatuto de los Trabajadores, Ley de Procedimiento Laboral, Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y Ley 17/1999, de 18 de mayo de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

SEGUNDO.- Centrada la cuestión, la sola lectura, no ya de los individuales preceptos de la citada Ley, que de por sí son ilustrativos, sino de su expresiva Exposición de Motivos y de los razonamientos de las sentencias referidas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo nos ofrece una clara visión respecto de los distintos criterios que inspiran una y otras, estando en la posición de afirmar que los razonamientos empleados por las antedichas resoluciones ofrecen un panorama de la vida laboral y familiar de la mujer absolutamente superadas, viniendo al caso la plena aplicación del mandato contenido en el art. 3.1 del Código Civil en cuanto a los criterios que deben informar la tarea interpretativa de las normas atribuida a los Jueces y Tribunales y en la que, además de los elementos clásicos de la interpretación ya sistematizados por Savigny, elemento gramatical, lógico, sistemático e histórico, añade la remisión a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Así, yuxtaponiendo los diversos párrafos de la Exposición de Motivos, con los razonamientos empleados por el TC y TS se llega a conclusiones evidentes:

Comienza la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, en sus párrafos primero, segundo y tercero:

"La Constitución Española recoge en su art. 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. En el art. 39.1, el

texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el art. 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Ello plantea una compleja y difícil problemática que debe abordarse, no sólo con importantes reformas legislativas, como la presente, sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia." Continúa la citada Exposición aludiendo a la necesidad de conciliación del trabajo y la familia, necesidades que ya han sido planteadas a nivel internacional, IV Conferencia de Pekín de septiembre de 1995, y a nivel comunitario, Directivas del Consejo 92/85/CE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, de 3 de junio, que tienen como objetivos fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, y la igualdad de oportunidades y trato entre ambos, criterios que inspiran la reforma legislativa llevada a efecto por la citada Ley, haciéndose constar en el párrafo sexto de la Exposición de Motivos:

"La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser coparticipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia".

Frente a dicha nueva regulación se contraponen frontalmente los razonamientos empleados por las resoluciones referidas, que se transcriben para dejar constancia de la discordancia entre los criterios que se imponen en la sociedad actual y los que inspiraron las sentencias referidas:

"Décimo.- Ahora bien, resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene. Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, obstáculo no menos cierto y comprobable por el hecho de que derive de la práctica social y no de mandatos del legislador u otros poderes públicos, y que se manifiesta en el dato (no por indirecto menos convincente) de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en

comparación de otras categorías sociales.

Si la tasa de actividad de la población femenina es ya muy baja en comparación con la masculina, tal diferencia se extrema si se compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9%) con la correspondiente de hombres casados (el 70,92%), según la Encuesta de Población Activa para el tercer trimestre de 1986, dato éste que no puede razonablemente separarse de la incidencia que el cuidado de los hijos supone en la continuación, o iniciación, de la actividad laboral de la mujer. No resulta, pues, discutible que a efectos laborales, la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo, y, desde luego, tampoco reside en que la mujer tenga superiores obligaciones, de orden jurídico o moral, que el hombre respecto a los hijos.

La diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación. En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños.

Undécimo.- Procede concluir, por ello, que el hoy recurrente no se encuentra en la misma posición que el conjunto social que toma como punto de referencia, y que el tratamiento desigual otorgado a éste no constituye por tanto una discriminación prohibida por el art. 14 CE, sino, por el contrario, una medida, destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el art. 9.2 CE. No hay, en consecuencia, vulneración del principio de igualdad, al darse tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios razonables a juicio de este Tribunal (sentencia del T.C. 128/1.987, de 16 de Julio). Y por su parte el Tribunal Supremo, en la referida sentencia de 20 de marzo de 1997, fundamento de derecho segundo, razona:

"Segundo.- El recurso denuncia infracción de lo dispuesto en el acuerdo de 26 de Noviembre de 1974 del INP y circular de 20 de Junio de 1980 en relación con el art. 14 de la Constitución Española. La materia planteada en el recurso, competencia propia, aunque no exclusiva, del Tribunal Constitucional, ha sido abordada desde diversos ángulos por este, quien ha afirmado que la protección a la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, pero de ello no puede inferirse que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo definido por el sexo vulnere el art. 14 de la Constitución Española, pues pueden darse circunstancias debidas a costumbres, hábitos y tradiciones que estructuran la sociedad, y por ello, difícilmente eliminables, que colocan a determinados grupos en posición de innegable desventaja por razón de su condición femenina, y las disposiciones que tratan de remediar esta situación, aunque establezcan un trato más favorable a la mujer, no vulneran el principio de igualdad, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones realmente distintas.

En esta línea el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de Julio de 1987 al contemplar el supuesto de autos negó que existiera discriminación. En definitiva, el trato diferenciado de varones y mujeres cuando tiene justificación en situaciones efectivamente distintas, no es discriminatorio. Y desde este punto de vista y descendiendo al hecho concreto no puede des-

conocerse, que según las últimas estadísticas en España, las mujeres dedican una media de 4 horas y media diarias a tareas domésticas y familiares, mientras que los varones solo emplean en esta actividad media hora al día. La situación es, pues, manifiestamente desigual, y en su consecuencia, el tratamiento ajustado a esta diferencia no es discriminatorio"

Desde luego es claro que la finalidad que persigue la Ley y que se impone en la sociedad actual nada tiene que ver con esa discriminación positiva a la que aluden las resoluciones, la cual solo podría tener como resultado la prolongación en el tiempo y la institucionalización de la situación descrita de la mujer por las indicadas sentencias. Conforme a la Exposición de Motivos es claro que la época y situación que describen las sentencias han sido superadas y lo que se persigue, precisamente con la nueva regulación, es ofrecer igualdad de oportunidades al hombre y la mujer al momento de participar en la vida laboral y familiar, en plano de igualdad, con pleno respeto al art. 14 de la Constitución Española en lo que la realidad biológica de ambos sexos permite, excluido desde luego el hecho de la gestación y parto, cuya incumbencia es exclusiva de la mujer. En cuánto al resto en su proyección familiar y laboral que ahora se analiza, la incorporación plena de la mujer al trabajo, en plano de igualdad, debe ir acompañada de una igualdad en el reparto de las cargas familiares, en el cuidado de los hijos, que son responsabilidad de ambos, igualdad incompatible con el hecho de abonar a la mujer trabajadora una ayuda por guardería por considerar que socialmente a ella, trabaje o no, le está atribuido el cuidado de los hijos y si se le concede dicha cantidad posibilita el acceso al mundo del trabajo. No, ello no es así, tal y como pone de manifiesto que tal ayuda si está prevista para el varón viudo, lo cual es claro, pone de manifiesto que solo cuando la madre falta es cuando le "sobreviene" al padre la obligación de cuidar de sus hijos menores de seis años (por cierto sin aludir a situaciones como las de separación o divorcio en que los hijos queden al cuidado del padre). Y precisamente esas son las situaciones que la Ley 39/1999 trata de paliar, ofreciendo al padre las mismas posibilidades, los mismos derechos y obligaciones en el cuidado de sus hijos desde el momento de su nacimiento, lo cual se contradice con el supuesto estudiado de las ayudas por guardería, considerando que vulnera el art. 14 de la CE la concesión de las mismas solo al personal femenino, pues ese trato diferenciado en la época actual no tiene ningún tipo de justificación, máxime cuando, en definitiva, el hecho de que se le niegue al actor dicha ayuda en ningún caso beneficia ni a la vida familiar, ni a la madre, la cual, es claro, que no se ve discriminada positivamente, sino negativamente al no lucrar alguno de los miembros de la pareja la ayuda solicitada".

TERCERO.- En el último motivo de los recursos, en el que ambas partes se refieren a la edad del hijo a que debe alcanzar la ayuda de que tratamos, denunciando el Servicio Extremeño de Salud la infracción de los apartados 1º y 2º del Acuerdo de 26 de noviembre de 1974 en relación con el artículo 3 del Código Civil y con el 7.2 de la Ley Orgánica 1/1999, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, mientras que el Instituto Nacional de la Salud se limita a referirse a la citada Ley Orgánica sin concretar cual de sus preceptos pueda haber sido infringido, alegando ambos recurrentes que a partir de los 3 años la educación infantil es gratuita, por lo que no puede otorgarse la ayuda a partir de esa edad; pero de ninguno de los preceptos cuya infracción se alega se desprende la gratuidad pretendida por los recurrentes. Alude también el INSALUD a la Ley de Calidad de la Enseñanza, actualmente en tramitación, pero es claro que una norma que aún no existe no puede haber sido infringida.

Procede, por lo expuesto, desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y los SERVICIOS EXTREMEÑOS DE SALUD, S.E.S., contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Cáceres de fecha 28 de mayo de 2.002, en autos seguidos a instancia de D. F. B. C., contra los indicados recurrentes, sobre Contrato de Trabajo, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Incorpórese esta sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma, para constancia en las actuaciones, y notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que contra la misma podrá interponerse Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que deberá prepararse mediante escrito, firmado por Letrado, con exposición sucinta de las Sentencias contradictorias y presentado en ésta Sala dentro de los 10 días siguientes al de la notificación de la presente. (Arts. 44, 45, y 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral).

Una vez firme, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de instancia con certificación de la presente para su ejecución

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

COMENTARIO A LA STSJ DE EXTREMADURA, DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2002.

El objeto del recurso de la sentencia Sala de lo Social de Extremadura es la pretensión de un enfermero que presta servicios en un Hospital de aquella Comunidad que había solicitado de la Gerencia del Complejo Hospitalario que se le reconociera el complemento o ayuda para guarderías infantiles regulados en el acuerdo de 26 de noviembre de 1.974 y que reconoce una ayuda para al personal femenino de las instituciones sanitarias cerradas (hospitales) que tengan hijos menores de 5 años, en cuyos centros de trabajo no existan guarderías. Dicho complemento se ha ido extendiendo, primero a los trabajadores de dichos centros viudos (circular de 20 de junio de 1.980) y luego al personal interino por considerar que su no reconocimiento a éste personal violaba el art. 14 de la C.E. (ss. del T.S. de 31-I, 5 y 7 III-1.997, entre otras); sin embargo no se ha extendido nunca a los varones no viudos, habiendo declarado el T.C. en sentencia de 16-VII-1.987 que dicha diferencia de trato no suponía una discriminación prohibida por el art. 14, pues está justificada por la discriminación positiva a favor de la mujer a la que alude el art. 9-2 de la C.E.; en base a dicha sentencia el T.S. ha venido manteniendo que éste complemento no puede reconocérsele a los varones no viudos.

Pese a estos precedentes, la sentencia que es objeto de comentario llega a la conclusión de que tras la ley 39/1.999 de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y

laboral de las personas trabajadoras no es posible mantener la tesis del T.C. al ofrecer una nueva visión sobre la cuestión sometida a examen, como consecuencia de las modificaciones que la misma introduce tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley de Procedimiento Laboral, entre otras. Mantiene la referida sentencia que los razonamientos que inspiran las sentencias anteriores (en las que se mantiene la no discriminación del varón), ofrecen un panorama de la vida laboral y familiar de la mujer absolutamente superadas, y que por aplicación de los criterios hermenéuticos que contiene el art. 3-1º del Cº.º.c. procede efectuar una nueva interpretación del acuerdo de 26 de noviembre de 1.974 y, en consecuencia, reconocer la ayuda de guardería a los varones, pues de otra forma se les estaría discriminando.

Para poder entender el sentido de la sentencia objeto de análisis parece interesante tener en cuenta el criterio sostenido por el T.C. en su sentencia de 9 de marzo de 1.992; en ella se indica que "El art. 14 CE persigue la interdicción de determinadas diferencias contrarias a la dignidad de la persona, entre las que se encuentra la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo (STC 19/1989), lo que impide, en principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, y se traduce por ello en un mandato de parificación que encuentra su consagración legal en el art. 17.1 ET que declara nulas y sin efecto las cláusulas de los Convenios Colectivos que contengan discriminaciones "favorables o adversas... por circunstancias de sexo". No obstante, este Tribunal ha entendido que la referencia al sexo en el art. 14 CE implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, por lo que son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el art. 9.2 CE que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva. Por eso, "no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial". De este modo, la prohibición de la discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares, pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo

JURISPRUDENCIA • TSJE •

femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones. Ha de valorarse, en consecuencia, si la norma convencional es una norma "protectora", que responde a una consideración no igual de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería constitucionalmente ilegítima o, al contrario, es una medida tendente a compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón".

En definitiva, a tenor de la sentencia que comentamos parece que ha llegado el tiempo en el que la discriminación positiva de la mujer en el trabajo no tiene sentido; así lo indica textualmente la misma cuando mantiene que "Desde luego es claro que la finalidad que persigue la ley y que se impone en la sociedad actual nada tiene que ver con ésta discriminación positiva a la que aluden las resoluciones (ss. del T.C. y del T.S. sobre la materia a las que antes se ha aludido), la cual sólo podría tener como resultado la prolongación en el tiempo y la institucionalización de la situación descrita de la mujer en las indicadas sentencias"; coincidiendo la sentencia con la exposición de motivos de la ley 39/1.999 de 5 de noviembre que lo que pretende es ofrecer igualdad de oportunidades al hombre y a la mujer al momento de participar en la vida laboral y familiar, en plano de igual, con pleno respeto al art. 14 de la C.E. En base a ello es por lo que la sentencia de la Sala de Extremadura considera que no reconocerle al demandante (varón no viudo) la ayuda de guardería es discriminatorio respecto de la mujer.

Por otra parte, en el ámbito comunitario, el TJCE ha analizado la cuestión y ha venido reconociendo la benevolencia de la discriminación positiva en determinados aspectos de la vida laboral, y así ha declarado que "El Tribunal de Justicia ha estimado que el artículo 2, apartados 1 y 4, 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, no se opone a una normativa nacional relativa a la función pública que reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación. Después de destacar que una normativa de esa índole..... que se limita, por tanto, a mejorar las oportunidades de las candidatas femeninas en el sector público, el Tribunal de Justicia consideró que dicha medida forma parte de las destinadas a eliminar las causas de que las oportunidades de acceso al trabajo y de desarrollo profesional otorgadas a la mujer sean menores y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesio-

nal en pie de igualdad con los hombres (sentencia Badeck).

Por su parte, la S 19-03-2002 de dicho tribunal contempla un supuesto que presenta grandes analogías con la sentencia del TSJ de Extremadura, relativo a la reserva de plazas de guardería en un Ministerio para las mujeres, y sólo en caso de urgencia para los hombres; en la misma se argumenta que "que una medida como la controvertida en el litigio principal, que se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades, en la medida en que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino el disfrute de ciertas condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional, pertenece, en principio, a la categoría de aquellas que tienden a eliminar las causas de que las mujeres tengan menos oportunidades de acceder a un empleo y de desarrollar una carrera profesional y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres."; aunque, como continúa la referida sentencia "No es menos cierto sin embargo que, en virtud de una jurisprudencia reiterada, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado por la Directiva, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo"; y en concordancia con ello el Tribunal concluye que "Con carácter preliminar, es necesario señalar que una medida como la controvertida en el litigio principal, que pretende abolir una desigualdad de hecho podría, sin embargo, contribuir del mismo modo a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer. Ciertamente, puede parecer que una circunstancia de esta índole refuerza la opinión doctrinal a que se refería el órgano jurisdiccional remitente según la cual, si el objetivo de fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que se persigue con la adopción de una medida que beneficia a las trabajadoras en su condición de madres, puede alcanzarse extendiendo el disfrute de dicha medida a los trabajadores que son padres, el hecho de excluir a los hombres no sería conforme al principio de proporcionalidad"; y que..... "conviene señalar que una medida que excluyese a los funcionarios masculinos que asumen solos la educación de sus hijos de la posibilidad de acceder a un sistema de guardería subvencionado por su empleador iría más allá de lo que autoriza la excepción establecida en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, por menoscabar excesivamente el derecho individual a la igualdad de trato que ésta garantiza". No obstante, la sentencia concluye que "que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable

infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos".

En el caso concreto de la sentencia de la Sala de Extremadura, hay que tener en cuenta que en el supuesto de los trabajadores de un hospital, hoy día no está acreditado que haya una infrarrepresentación de las mujeres, por lo que la medida no tendería a procurar una mayor representación de la mujer en dicho ámbito laboral, y que la medida se adoptó en un tiempo histórico en el que en España no se pensaba, precisamente, en la igualdad de trato entre hombres y mujeres ni mucho menos, cuando

menos conscientemente, en una discriminación positiva de la mujer para facilitar su acceso al trabajo, argumento que más tarde encontró el T.C. para mantener la medida, a modo de sentencia interpretativa; por lo que extender el beneficio de la ayuda por guardería a los varones que presten servicio en un Centro Hospitalario supone acabar con la discriminación positiva de la mujer en dicho ámbito, pues hoy por hoy tal medida aplicada exclusivamente a las mujeres supondría mantener un trato discriminatorio a favor de la mujer que no sería proporcional a la finalidad a conseguir, que sería la plena igualdad entre hombres y mujeres en dicho ámbito laboral, pues tal medida no pertenece, en principio, a la categoría de aquellas que tienden a eliminar las causas de que las mujeres tengan menos oportunidades de acceder a un empleo y de desarrollar una carrera profesional y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres.(ANTONIO TORRECILLAS CABRERA, MAGISTRADO DE LA SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA).

SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA NÚM. 1, DE 13 DE ENERO DE 2003. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO EN UN CASO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

TEXTO DE LA SENTENCIA

STSJ DE ANDALUCÍA, DE 13 DE ENERO DE 2003.

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

PONENTE: ILMO. SR. D. JERÓNIMO GARVÍN OJEDA

Vistos en audiencia pública y en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Ilmo. Sr. Presidente y los Ilmos Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Córdoba -rollo núm. 3/2002-, procedentes del Juzgado de Instrucción número Tres de Córdoba -Causa núm. 1/01-, por el delito de asesinato, contra D. J.J.G.J., nacido el día 7 de marzo de 1.965, (...), de profesión Guardia Civil, casado, vecino de Córdoba, (...), de ignorada solvencia, con instrucción y sin antecedentes penales, en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 24 de mayo de 2.001 hasta la fecha, representado en la instancia por el Procurador D. Cristóbal Cañete Vidaurreta y defendido por el Letrado Sr. Maldonado Gómez, y en esta apelación por la Procuradora D^a. Julia Domingo Santos y defendido por el mismo Letrado. Formuló acusación particular D. B.S.F. y D^a A.M.M., en sus propios nombres y en el de los menores A. y D.G.S. y de D^a. M.C.S.M., D^a. C.S.M. y D^a. E.S.M., representados en la instancia por la Procuradora Doña Julia López Arias y defendidos por el Letrado Sr. Genovés García y en esta apelación por la Procuradora D^a. Josefa Hidalgo Osuna y por el mismo Letrado. Ejercitó la acción popular el AYUNTAMIENTO DE CÓRDOBA, asistido en la instancia por la Letrada D^a. Mercedes Mayo González y en la apelación por el Procurador D. José Gabriel García Lirola, bajo la dirección de la misma Letrada. Como responsable civil subsidiario intervino la DIRECCIÓN GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL, representada y defendida en la instancia y en la apelación por el Sr. Abogado del Estado. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y Ponente para sentencia el Ilmo Sr. Presidente Don Jerónimo Garvín Ojeda.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

SEGUNDO.- Como hemos adelantado, la representación procesal del acusado alega, en primer lugar, la inexistencia de alevosía, sin indicar el motivo en que basa su impugnación, que, según también hemos señalado, debe ser enmarcado en el apartado b) del artículo 846 bis c) LECrim.

Admitido que debe considerarse como hecho probado inalterable que fue el acusado quien mató a la víctima, el análisis del motivo de impugnación alegado ha de comenzar por la cuestión fundamental de determinar si concurrió o no la circunstancia agravante de alevosía y, en consecuencia, si el hecho delictivo debe subsumirse en el tipo de homicidio o en el de asesinato.

La sentencia objeto de la pretensión impugnativa reputó al acusado, ahora recurrente, como criminalmente responsable de un delito de asesinato, previsto y penado en el artículo 139.1^o CP, al apreciar la existencia de alevosía en su modalidad de actuación súbita y sorpresiva que impide la reacción de la víctima, lo que, al menos desde el punto de vista objetivo, encuentra un claro apoyo en el relato fáctico del que en principio ha de partirse, donde se especifica que "el acusado, estando presentes sus dos hijos, se colocó frente a su esposa y efectuó a pocos metros de distancia, un primer disparo que le alcanzó en el pecho produciéndole la muerte al alcanzar zonas vitales. Luego, y mientras caía al suelo, hizo otros cinco disparos sobre el cuerpo ya inerte de Antonia".

No ignora esta Sala que existe una doctrina jurisprudencial relativamente reciente y bien matizada que pone especial énfasis en que, junto al elemento instrumental u objetivo ("medios, modos o formas"), el concepto de alevosía contiene un elemento subjetivo o culpabilístico ("que tiendan directa o especialmente a asegurarla") que debe también concurrir como condición para que tal circunstancia agravante (cualificadora del delito de asesinato) pueda apreciarse. Con palabras de la STS. de 13 de abril de 1998, "no es suficiente, en consecuencia, ni que los medios, modos o formas de ejecución revelen inequívocamente, por su idoneidad para producir el resultado, el ánimo de lesionar o matar según los casos, ni que la ejecución se lleve a cabo en condiciones objetivas de seguridad para el agresor y de indefensión para la víctima. Es preciso que se busque deliberadamente una ejecución segura con determinados medios, modos o formas -que se "tienda" mediante ellos a una ejecución asegurada- y que, deliberadamente también, aquellos medios ejecutivos estén orientados a eliminar el riesgo que para el ofensor pudiera derivarse de una posible reacción defensiva del sujeto pasivo de la acción". Con no menos claridad exige la STS. de 9 de junio de 1998, para apreciar concurrente la circunstancia de alevosía en la modalidad de agresión súbita e inesperada, la existencia de "una búsqueda selectiva de una ocasión propicia para desencadenar su acción eliminando el factor de riesgo que pudiera derivarse de la posible e hipotética defensa que pudiera proceder del acometido", porque, como se dice en la misma sentencia, "frente a una anterior corriente que objetivaba de manera exagerada la perspectiva comisiva, se ha impuesto la corriente que exige o requiere la específica elección o selección de los medios buscando de propósito la mayor facilidad en la ejecución del hecho, lo que engloba al elemento teleológico también exigido por las modernas tendencias jurisprudenciales". Con otras palabras, pero no en otra dirección, dice la STS. de 30 de septiembre de 1999 que "en las resoluciones más recientes, se exige que el delincuente haya elegido convenientemente los medios disponibles, representándose un "modus operandi" en el que quede totalmente suprimido cualquier eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido". En igual sentido se expresan las SSTS. de 30 de junio de 1993, 16 de octubre de 1996 y 16 de enero y 9 de junio de 1998. Esta corriente jurisprudencial parece especialmente acorde con el fundamento del plus de penalidad que comporta la existencia de alevosía, bien

como circunstancia agravante, bien como circunstancia cualificadora del delito de asesinato, que, como se dijo por esta Sala en sentencias de 26 de diciembre de 1998 y 20 de septiembre de 2.002, no es sino el "mayor reproche social" de conductas que buscan especial o directamente, de forma cobarde, asegurar de antemano una ejecución sin riesgos: parece lógico que un incremento de la penalidad tan sustantivo como es el paso del tipo delictivo del homicidio al de asesinato no puede hacerse depender de circunstancias objetivas no controlables ni "consideradas" por el autor del crimen al tiempo de concebir su conducta homicida, es decir, en el momento en el que surgió el animus necandi.

No pretendemos ignorar tampoco la propia doctrina de esta Sala - Sentencias de 26 de septiembre de 1988, 30 de enero de 1999 y 19 de enero de 2001, entre otras- que, en sintonía con el Tribunal Supremo, tiene declarado que "para la existencia de la alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el medio más idóneo de ejecución, sino que es suficiente con que se aproveche, en cualquier momento y de un modo consciente, de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad y comodidad que ello supone" Pero si se analizan con detalle los supuestos fácticos que fueron enjuiciados en tales sentencias, se advertirá que se trataba de casos en que, si bien el autor no buscó deliberadamente la situación de indefensión de la víctima, la decisión de matar surgió "a la vista" de determinadas circunstancias que impedían a la víctima toda posibilidad de defensa. Lo que no es, en absoluto, contradictorio con la doctrina antes señalada, que destacaba la importancia del elemento subjetivo y teleológico pues, en efecto, lo decisivo es que "cuando el autor toma la decisión de realizar la agresión de que se trate, se represente un modus operandi, buscado de propósito o casualmente favorecido por circunstancias que <<decide aprovechar>>, que aseguren la acción criminal minimizando las posibilidades de defensa (Sentencia de 5 de octubre de 2001)". En definitiva, como dijo la STS. de 13 de febrero de 1953, "el concepto unitario de la alevosía mantenido por la doctrina de esta Sala se refiere al nacimiento del propósito homicida y al posterior desarrollo del hecho hasta la consumación". En este mismo sentido se inscribe la STS. de 24 de enero de 1983.

Pues bien, un correcto entendimiento de la doctrina que ha quedado transcrita y su proyección al caso enjuiciado, conducen a la conclusión, que ya hemos anticipado, de que la conducta del acusado ha de calificarse como alevosa, precisamente porque en el momento en que surgió el animus necandi el acusado se había representado la circunstancia de que la víctima carecería de toda posibilidad de defensa. Conforme a lo que se deriva del relato fáctico, el acusado, con ánimo homicida, fue al encuentro de su esposa -que ignoraba absolutamente el propósito de aquél-, para lo que previamente había cogido el arma reglamentaria -que casi nunca llevaba consigo estando fuera de servicio-, de modo que, tras hablar con ella, le disparó mortalmente. La zona vital a que dirigió el primer disparo y el hecho de que, inerte ya la víctima, efectuara otros cinco disparos más, revelan el empleo de "medios, modos o formas" dirigidos a asegurar la ejecución del delito. Es más, todo induce a pensar que el acusado decidió matar a la víctima, asegurándose de hallarla desprevenida, ya que de ningún modo ella pudo esperar un ataque de tanta entidad. Incluso admitiendo que el autor no buscara deliberadamente la indefensión de la víctima, no puede haber duda que la acción de matar se ejecuta en un momento en que la víctima carecía de toda posibilidad de defensa.

Por el contrario, la tesis que sostiene la representación procesal del acusa-

do, en lo que se refiere a la falta en éste del elemento tendencial o subjetivo de la alevosía, constituye un planteamiento absolutamente distorsionador. La afirmación de que la víctima, en el tramo que anduvo con su marido, mientras discutía con éste, "supo y conoció, o al menos debió sospechar la actitud del esposo" supone una versión de los hechos que no puede desvirtuar la realidad que ha sido descrita y que, consiguientemente, ha de ser inmediatamente rechazada por esta Sala.

Hemos de concluir, pues, que desde el inicio de la acción criminal perpetrada por J.J. concurrió el elemento subjetivo de la alevosía, tal y como viene siendo concebido por la jurisprudencia. Por consiguiente, la calificación jurídica de los hechos probados como constitutivos de un delito de asesinato, previsto y penado en el artículo 139.1º CP, ha de reputarse absolutamente correcta.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal alega, como primer motivo de su impugnación, con base en el apartado b) del artículo 846 bis c) LECrim, la ausencia de ensañamiento, motivo que es aducido igualmente por la defensa del condenado, aunque sin invocar el apartado del artículo 846 bis c) LECrim en que sustenta su pretensión impugnativa.

Los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal y la representación del acusado, relativos a la apreciación de la circunstancia de ensañamiento, pueden plantear ciertas dudas, al aludirse en ellos a la contradicción existente entre las respuestas que el Jurado ofreció a los puntos décimo y undécimo del objeto del veredicto en orden a la concurrencia de tal circunstancia. De este modo, la tesis que proponen los recurrentes plantea dos cuestiones que, por su indudable importancia, han de ser examinadas pormenorizadamente por esta Sala: la vinculación del órgano técnico al pronunciamiento de los Jueces legos y la determinación de si la inferencia puede o no ser revisada a través del presente recurso.

La solución al problema de determinar hasta qué punto el pronunciamiento de culpabilidad sobre el hecho delictivo vincula al órgano técnico y hasta dónde éste puede apartarse de él para introducir una calificación distinta sólo puede encontrarse, como ha señalado cierto sector doctrinal, en una interpretación conjunta de los artículos 733 y 902 LECrim y 70.1, en relación con el artículo 51.1.g) LOTJ, en el sentido de que al órgano de apelación, al igual que al de casación (no al Magistrado-Presidente que, en primera instancia, ha dispuesto para ello de la posibilidad que le brindaba el último de los preceptos citados), le es posible introducir una calificación distinta siempre dentro los límites del respeto al principio acusatorio, esto es, que guarde una relación de homogeneidad con el hecho delictivo sobre el que se ha pronunciado el Jurado, no sea más grave que éste y no incorpore elementos del tipo que no hayan sido objeto de pronunciamiento. Es obvio, por tanto, que el Magistrado-Presidente está vinculado al veredicto -cuyo objeto, correcta o incorrectamente, ha sido propuesto por él mismo-, incluso en el pronunciamiento sobre culpabilidad o no culpabilidad, determinantes de la condena o de la absolución y en la calificación del delito, en los términos que señalan los artículos 67 y 70.1 LOTJ, pues, como integrante de un órgano colegiado, el Tribunal del Jurado, en el que sus componentes técnico y lego tienen funciones diferenciadas y deliberan y deciden por separado, pero se complementan mutuamente a la hora de adoptar una decisión final que se presenta como del Tribunal en su conjunto, el Magistrado Presidente no puede desligarse de la decisión adoptada por aquella parte del Tribunal, el Jurado, a quien corresponde decidir sobre los hechos y sobre la culpabilidad o no culpabilidad, del mismo modo que éste no puede separarse de las decisiones del Magistrado sobre

validez de la prueba o formulación del objeto del veredicto. Por el contrario, los órganos de apelación y de casación, al revisar la sentencia como expresión final de una decisión conjunta del Jurado y del Magistrado Presidente, pueden enjuiciar sin tales limitaciones la calificación jurídica de los hechos que el Jurado ha declarado probados, de modo que en tales fases los límites no vendrán determinados por el veredicto de culpabilidad o no culpabilidad sino exclusivamente por el principio acusatorio y por la congruencia con las peticiones de las partes recurrentes.

La segunda cuestión que hemos de plantearnos estriba en la solución que ha de hallarse para determinar si la inferencia respecto a la participación o al animus del agente es o no revisable por el órgano de apelación. Tal solución, en principio, habrá de ser hallada con arreglo a determinados parámetros, a través de la aceptación de que constituyen cuestiones fácticas o de hechos en su más estricto sentido. Además, los mecanismos técnicos de revisión del juicio de inferencia del Tribunal del Jurado sobre determinados hechos, sean del mundo externo o interno, tendrán necesariamente que unificarse con los criterios utilizados por el Tribunal Supremo para revisar la valoración de la prueba llevada a cabo por las Audiencias Provinciales en las causas de que conocen, pues sería una auténtica paradoja que tales inferencias puedan ser revisables, en último término, en un recurso extraordinario como es la casación y que no lo sean en el recurso que ha de utilizarse previamente, como es la apelación en los Juicios ante Jurado. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que, limitada expresamente la posibilidad de revisión de fondo a la infracción constitucional o legal "en la calificación jurídica de los hechos" o "en la determinación de la pena", esto es, a los errores jurídicos que hayan podido cometerse en la sentencia, en su sentido estricto, no en el veredicto, la única vía de revisión esté constituida por la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque "atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta". No obstante, mientras que el correlativo artículo 849.1 LECrim se refiere a la infracción de precepto penal u otro de carácter sustantivo "en la aplicación de la ley penal", el artículo 846 bis c), en su letra b), restringe el motivo de apelación a la infracción de precepto constitucional o legal "en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil". De ahí que debamos remitirnos nuevamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo -STS. de 5 de mayo de 1.998-, que ha declarado que "han sido muchas veces (ver las Sentencias de 31 de enero de 1951 y 1 de marzo de 1996) las que se ha puesto de relieve la íntima conexión entre presunción de inocencia, juicio de valor y prueba indiciaria", insistiendo en que "los juicios de valor sobre las intenciones de los intervinientes en el delito no son hechos en sentido estricto, y al no ser aprehensibles por los sentidos, no son objeto de prueba propiamente dicha, quedando fuera entonces de la garantía constitucional aunque el artículo 849.1 de la Ley procedimental permita analizar y criticar el criterio asumido por los jueces, como también someter a prueba, por medio de la referida presunción, los hechos en los que la inferencia se apoya (SSTS. de 18 de abril de 1996, 14 de diciembre y 29 de abril de 1995)". De acuerdo con la Sentencia de 25 de marzo de 1998, la desvirtuación de los juicios de valor asumidos, más o menos correctamente por la relación fáctica, "ha de venir a través del error de derecho que el artículo 849.1 procesal ampara", y evidentemente "la determinación de los designios, intenciones, deseos o querer de las personas es una cuestión o una tendencia escondida en lo más íntimo del ser humano, en el arcano de su conciencia, por lo que, salvo una espontá-

nea y voluntaria manifestación, ha de obtenerse por medio de las vías indirectas o pruebas indiciarias, interpretando adecuadamente todas las circunstancias concurrentes, anteriores, coetáneas y posteriores al hecho enjuiciado". Es por ello que, como añade la propia Sentencia, "los juicios de valor suponen, en definitiva, una actividad de la mente y del raciocinio tendente a determinar la intencionalidad del agente o sujeto activo de la infracción en las distintas formas comisivas", por lo que "tales «juicios» o «pareceres» de los jueces indudablemente no deben ser incluidos en el «factum» de la sentencia por ser meras apreciaciones subjetivas, necesarias de otro lado para la configuración del silogismo judicial y para la conformación, en definitiva, de la parte dispositiva de la sentencia", de modo que "en la línea establecida por el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es en los antecedentes de hecho en donde han de consignarse todas las circunstancias fácticas como soporte de la calificación jurídica, para dejar aquellos juicios de valor, inaprensibles por los sentidos, a la vía deductiva que, razonablemente, ha de estar inmersa en los fundamentos de derecho".

La precedente doctrina jurisprudencial, que ha sido asumida con insistencia por el Tribunal Constitucional -SSTC. de 1 y 21 de diciembre de 1988- y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo -SSTS. de 30 de octubre de 1991, 29 y 24 de abril de 1995 y de 26 de julio de 2000, por citar solo algunas-, lleva a esta Sala a considerar, por un lado, que la inferencia, en el caso que ahora se enjuicia, es susceptible de revisión por el órgano de apelación, a través de los motivos de impugnación alegados por los recurrentes.

Efectuadas las precisiones precedentes, hemos de examinar ahora la alegada ausencia de la circunstancia de ensañamiento que, de concurrir con la de alevosía, ya apreciada, produce una agravación de la pena por aplicación de lo dispuesto en el artículo 140 CP, tal y como ha sido considerada en la sentencia de instancia.

El Jurado, por unanimidad, al contestar la proposición décima del objeto del veredicto, declaró como probado, según ya hemos consignado, que "el acusado, estando presentes sus dos hijos, se colocó frente a su esposa y efectuó a pocos metros de distancia, un primer disparo que le alcanzó en el pecho produciéndole la muerte al alcanzar zonas vitales. Luego, y mientras caía al suelo, hizo otros cinco disparos sobre el cuerpo ya inerte de Antonia". Sin embargo, al contestar al punto undécimo del objeto del veredicto, declaró probado, por mayoría de 7 a 2, que "esos cinco disparos fueron hechos con el propósito de aumentar el dolor y el sufrimiento de la víctima".

Resulta evidente la contradicción existente entre las propuestas décima y undécima del objeto del veredicto y, consecuentemente, de las respuestas del Jurado a las mismas y de la descripción que de ellas se hace en la sentencia de instancia. Si el primer disparo -que alcanzó el pecho de la víctima- produjo la muerte de ésta al interesar zonas vitales, los otros cinco disparos, efectuados en escasos segundos y sin solución de continuidad, pudieron tener como finalidad el aseguramiento de la ejecución del hecho, pero nunca el aumento del dolor y sufrimiento de la víctima.

No es posible ignorar al respecto que el Tribunal Supremo -SSTS. de 24 de septiembre de 1.997, 23 de marzo de 1.998 y 8 de octubre de 1.999, entre otras muchas-, viene declarando, respecto de la agravante de que se trata, que "la brutalidad de la agresión, objetivada por la contundencia o efectos de los golpes, no es en sí misma y por sí sola determinante del ensañamiento, pues ésta es una circunstancia de carácter eminente-

mente subjetiva, que aun cuando no anula la exigencia de una dimensión objetiva presenciada en la causación del daño, se caracteriza esencialmente por una complacencia en el sufrimiento ocasionado a la víctima, esto es, por un íntimo propósito de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor al sujeto pasivo de la acción homicida, lo que conlleva a su cualificación agravatoria".

En este orden de ideas debemos recordar igualmente que la agravante genérica del nuevo Código de 1.995 sustituye la fórmula antigua al referirse, en vez de a la objetividad de los males -«lujo de males», en expresión recogida por la jurisprudencia (SSTS. de 17 de marzo de 1.989 y 21 marzo 1991)-, a la culpabilidad, en cuanto su realización ha de ser querida por el agente de forma consciente y dirigida precisamente al aumento del dolor del ofendido -STS. de 29 abril 1991-. Por cierto que las SSTS. de 26 septiembre 1988 y 17 marzo 1989- ya habían insistido en que "el ensañamiento ha de ser necesariamente, frío, refinado y reflexivo, no encontrándose en la cólera que hiere o golpea ciegame".

El relato de hechos probados, que pormenoriza la conducta del acusado durante la comisión delictiva, describe indudablemente una acción de gran violencia, pero, conforme a la doctrina expuesta, falta el dolo de actuar deliberadamente con la finalidad de aumentar el dolor de su víctima. La actuación del acusado, como revela el lapso de tiempo en que efectuó los disparos y el hecho de que el primero de ellos fuera mortal de necesidad, estuvo dirigida a la efectiva ejecución del delito que cometía, pero no a incrementar el sufrimiento de la que había sido su esposa, de tal forma que el relato fáctico de los hechos y circunstancias concurrentes resulta incompatible con la esencia del ensañamiento apreciado en la sentencia impugnada.

Por consiguiente, el motivo impugnativo examinado ha de ser estimado, lo que nos obliga a elaborar un nuevo relato de los hechos probados, asumiendo el *factum* de la sentencia recurrida, pero eliminando, como ya hemos efectuado, cualquier referencia a la circunstancia analizada.

CUARTO.- La defensa del acusado denuncia la aplicación indebida del artículo 23 CP, al haberse estimado en la sentencia apelada la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco. Tal aserto cae por su propia base, por cuanto que en el fallo de la resolución mencionada, aparte de las ya estudiadas de alevosía y ensañamiento -que configuran y agravan el delito de asesinato-, no se estima expresamente la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, aunque bien es verdad que, en el fundamento jurídico sexto de dicha resolución, se aprecian la agravante de parentesco y la atenuante de arrepentimiento, que se compensan. De cualquier forma, pese a que lo determinante es la parte dispositiva de la sentencia, parece conveniente dar respuesta a las alegaciones de la representación del acusado.

Dando por reproducidas las consideraciones que anteriormente hemos plasmado en relación con la inferencia, debemos recordar ahora que, como declaran las SSTS. de 5 de marzo y 4 y 29 de junio de 2.000, "la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la relación parental, conyugal o de análoga afectividad, pudiendo estimarse que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta exis-

tente incremente o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide así como los efectos sobre la víctima".

Sin embargo, conforme declara la STS. de 2 de diciembre de 1997, "la razón fundamentadora de la agravación, en su aplicación a los cónyuges, no se encuentra en la concurrencia formal del vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que debe entenderse excluida en aquellos casos en que la relación conyugal no subsiste más que de modo formal por encontrarse los esposos separados, de hecho o de derecho, de forma prolongada".

Esta exclusión también es aplicable, excepcionalmente, cuando, aun sin existir separación, la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar la mayor reprochabilidad al autor, conforme al criterio establecido por el Pleno de la Sala Segunda de 18 de febrero de 1994, respecto del art. 405 del anterior Código Penal, y plasmado en las SSTS. de 28 marzo y 31 octubre de 1994 y 2 de julio, 25 de septiembre y 24 noviembre de 1.995. En definitiva, además de los requisitos de existencia de la relación parental y conocimiento por el autor del hecho, "ha de concurrir el aprovechamiento de esa relación con mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propia de la relación parental" (STS. de 2 de diciembre de 1997).

Ahora bien, la aplicación de esta doctrina, que tiende a evitar la aplicación automática de la agravante por meras razones formales, no puede convertir la excepción en regla y suprimir en la práctica la vigencia de la norma, como sucede "si se hace depender la aplicación de la agravante de factores como la subsistencia del cariño o el afecto, que plantean problemas psicológicos o emotivos de difícil plasmación en afirmaciones fácticas concretas, y que además confunden el verdadero sentido del componente subjetivo de la agravante". Según el Tribunal Supremo, este elemento subjetivo no consiste precisamente en el cariño o el afecto, ordinariamente ausentes en quienes agreden físicamente a sus cónyuges, sino en la existencia de un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales y jurídicos que la relación familiar entre parientes determina".

Extrapolando la doctrina expuesta al caso de autos es claro que debe ser estimado el motivo de impugnación que nos ocupa, pues la muerte de la esposa se produce fuera del ámbito de la convivencia doméstica, al existir separación jurídica y de hecho, aunque recientes, por lo que, en principio, no concurren los específicos deberes conyugales cuya vulneración agrava cualquier violencia realizada entre cónyuges. Por otra parte, la existencia de dudas en la víctima -que aparecieron plasmadas en su "diario"- y en el agresor -que pretendía reanudar sus relaciones con aquella, fundamentalmente por los problemas económicos que le surgieron como consecuencia de la separación-, no impidieron la ruptura "de facto", manifiesta y efectiva, de la relación conyugal. No es posible soslayar en este punto que el mismo acusado contó confidencialmente a su compañero Sr. A.M., días antes de llevar a cabo la acción delictiva, que "su mujer le insultaba por teléfono" y que "cuando iba a recoger a los niños, discutían mucho". Tampoco es posible ignorar que el acusado, que previamente estuvo en la feria con sus hijos, fue a la casa de sus suegros -padres de su esposa- para dejarlos allí y, cuando comprobó que Antonia no había llegado todavía, precisamente porque había ido también a la feria con compañeras y compañeros de trabajo, fue a recoger el arma a su piso y la esperó para, tras una pequeña discusión, en la que ella le dijo "que la dejara tranquila", efectuar los disparos que acabaron con su vida. El hecho incontestable de la

ruptura de la convivencia conyugal impide apreciar una agravante cuya fundamentación ha quedado debidamente expuesta, al no concurrir los dos elementos que la integran: a) el objetivo, consistente en la relación conyugal, que ha de considerarse rota de modo manifiesto y efectivo; y b) el subjetivo, que no consiste propiamente en el cariño o afecto, sino en la conciencia de la subsistencia de la relación conyugal y de los específicos deberes de respeto que ha de conllevar.

El motivo, pues, ha de ser estimado.

QUINTO.- La misma representación del acusado aduce que la sentencia recurrida incurre en infracción de precepto legal, al no estimar la concurrencia de la atenuante de enajenación mental transitoria.

Con carácter previo es necesario recordar que el artículo 20.1 CP ha introducido una nueva fórmula legislativa respecto de la capacidad de culpabilidad o, más concretamente, de los estados personales que, bajo ciertas condiciones, excluyen la capacidad de culpabilidad. Sin embargo, al tratarse de una "construcción normativa", resulta obligado distinguir, en el citado artículo 20.1 CP, por un lado, las anomalías o alteraciones psíquicas que han de comprobarse como presupuesto, y por otro, la exclusión de la posibilidad del autor de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión, que debe verificarse como consecuencia de aquellas anomalías. Por su parte, el artículo 21.1^º CP permite considerar como circunstancia atenuante que el grado de los presupuestos o de las consecuencias de ellos no haya alcanzado la medida requerida para excluir la capacidad de motivación, es decir, que la capacidad de motivación del autor se haya visto considerablemente reducida. En todo caso, el Tribunal ha de establecer, al menos, la existencia de una anomalía del autor que incida en su capacidad de motivación y que haya disminuido su entendimiento de la desaprobación jurídico-penal o de la posibilidad de comportarse de acuerdo con él.

Proyectando los anteriores principios al caso de autos resulta evidente que la defensa del acusado intenta desvirtuar por todos los medios los informes periciales producidos en el Juicio oral. Sin embargo, de tales informes se deduce con claridad que si bien es cierto que J.J. presentaba "trastornos distímicos" y era "proclive a la depresión", todos los peritos coincidieron en que el acusado no presentaba trastornos de conducta, sino de los rasgos de la personalidad, y en que no padecía ninguna anomalía patológica, ni tenía alterada su capacidad de entender y de obrar, de modo que sabía perfectamente lo que hacía, asumiendo las consecuencias de sus actos.

En conclusión, los informes a que hemos hecho referencia, tomados en consideración por el Jurado y que en modo alguno han sido desvirtuados por el recurrente, excluyen cualquier posible anomalía en J.J. que hubiera podido tener repercusión en su capacidad motivadora o que hubiera disminuido su comprensión de la ilicitud de los hechos que perpetró, por lo que, teniendo en cuenta que este tipo de circunstancias han de ser probadas como el hecho mismo, el motivo impugnativo que acaba de examinarse ha de ser desestimado.

SEXTO.- La representación de la acusación particular, al amparo igualmente del apartado b) del artículo 846 bis c) LECrim, aduce la infracción en la sentencia de precepto legal al estimar la concurrencia de arrepentimiento espontáneo, en contra de lo declarado como probado por el Jurado al contestar la proposición decimonovena del objeto del veredicto. Hemos de reiterar aquí las consideraciones que hemos hecho al tratar de la agravante de parentesco, pues en el fallo de la resolución recurrida no se estima la concurrencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsa-

bilidad criminal, pese a que en el fundamento jurídico sexto de aquella resolución se aprecian la agravante de parentesco y la atenuante de arrepentimiento, que se compensan.

En el artículo 21.4^º y 5^º CP se consideran circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal las de "haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades" y "a reparar el daño causado a la víctima o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral".

La representación procesal de la acusación particular basa su impugnación en que el Jurado declaró probado que "a continuación, y tras arrojar el arma al suelo, indicó a uno de los testigos presenciales de los hechos, que era Guardia Civil; que había matado a su esposa y que llamase a la Policía, la cual acudió rápidamente al lugar del suceso entregándose voluntariamente sin ofrecer resistencia alguna, y colocando las manos para que le pusieran las esposas", y, al contestar a la proposición decimonovena del objeto del veredicto, declaró no probado que "por el contrario la razón de su actitud se debió a que estaba identificado y por eso no huyó".

De tales datos es fácil inferir que el acusado nada podía hacer para salvar a la víctima y que la circunstancia de que, posteriormente, permaneciera junto a ella, hasta la llegada de la Policía, no es suficiente para que pueda estimarse la concurrencia de la circunstancia aludida.

Como ha declarado el Tribunal Supremo, "la atenuación de la pena en los casos de los números 4 y 5 del artículo 21 CP depende de una aportación valiosa del acusado, sea en beneficio del proceso, sea en beneficio del sujeto pasivo del delito. En ambos casos se trata de exteriorizar espontáneamente un reconocimiento de la norma infringida, cuya entidad justifique una reducción de la pena. No se quiere decir que el autor deba manifestar una auténtica contrición moral, como antigua jurisprudencia exigía para estimar estas atenuantes. Pero es necesario que haya un *actus contrarius* que permita, por su valor positivo, compensar parcialmente el disvalor de la conducta contraria a la norma".

En el presente caso, esos elementos atenuantes no se han producido, dado que el recurrente no hizo una aportación positiva de reconocimiento de la norma, sino simplemente de reconocimiento de una situación evidente que ya no podía ocultar, pues en esos momentos la Policía, con o sin sus manifestaciones, podía disponer de elementos de prueba suficientes para el esclarecimiento de los hechos.

El motivo, pues, ha de ser acogido.

SÉPTIMO.- Todos los apelantes, también con sustento en el apartado b) del artículo 846 bis c) LECrim, alegan la existencia de responsabilidad civil subsidiaria del Estado y, más concretamente, de la Dirección General de la Guardia Civil. No obstante, con carácter previo, debemos salir al paso del error padecido por la acusación popular, ejercitada por la representación procesal del Ayuntamiento de Córdoba, al sustentar su reproche contra la sentencia de instancia en el rechazo que en ésta se realiza de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Como es sobradamente sabido, y así lo advirtió la Presidencia a dicha representación en la vista de la apelación, la acusación popular únicamente puede ejercitarse respecto de la acción penal, pero nunca en relación con la acción civil, por lo que esta Sala no puede examinar el recurso planteado por dicha acusación popular.

Los recursos interpuestos plantean una cuestión estrictamente sustantiva, referente a la infracción de la norma penal constituida por el artículo 121 CP, por cuanto en la sentencia de instancia no se declara la responsabilidad

civil subsidiaria solicitada. Para resolver la cuestión que ahora se suscita hemos de partir de una realidad incontestable: El Guardia Civil condenado por asesinato estaba en activo -destinado en un puesto de mecánico- y, como tal, poseía el arma reglamentaria -que le había sido entregada por el Cuerpo del que formaba parte-, con la que cometió el delito, hallándose libre de servicio cuando perpetró el hecho criminal.

Pues bien, la responsabilidad civil subsidiaria por los daños ocasionados por los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, utilizando abusivamente su arma de fuego reglamentaria, se deriva, según consolidada jurisprudencia, de la creación del riesgo que la organización del servicio de seguridad pública, mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización abusiva, constitutiva de delito o falta -SSTS. de 17 de julio de 1995, 8 de mayo de 1996 y 29 de marzo de 2.000-. Es precisamente el riesgo derivado de la especial responsabilidad encomendada y del manejo del arma de fuego reglamentaria, que los agentes deben portar en todo momento para encontrarse en condiciones de cumplir con el deber de intervención permanente que les impone el artículo 5.4º de la LO 2/1986, de 13 marzo, lo que determina una especial responsabilidad en las labores de selección y posterior control, para evitar que el arma constituya una fuente incontrolada de riesgo en manos de quien no se encuentra en condiciones para utilizarla cuidadosamente -SSTS. de 17 de julio de 1995, 28 de octubre de 1996 y 2 de octubre de 1997, entre otras-. Abundando en este criterio, la ya citada STS. de 29 de marzo de 2.000 afirma: "... cuando el art. 5.4 de la L.O. 2/1986, de 13 marzo, dispone que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana, al mismo tiempo que se establece una razonable medida en beneficio de la sociedad en su conjunto, también se genera un riesgo potencial para ciudadanos individuales por el -no deseado pero posible- abuso de las armas que los agentes deben portar en todo momento para encontrarse en condiciones de cumplir con este deber de intervención permanente. En consecuencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se funda en el principio de la creación del riesgo, riesgo derivado directamente de la forma de organizar el servicio de seguridad pública, a través de la fórmula de disponibilidad permanente. En efecto portar el arma no estando de servicio, tanto en la vía pública como en toda clase de establecimientos públicos..., puede ser, y de hecho es, una medida beneficiosa desde la perspectiva de la permanente disponibilidad de los agentes para intervenir en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana, evitando en su caso la consumación de hechos delictivos, así como desde la perspectiva, también relevante, de la auto-protección de los agentes, siempre potencial objetivo de un atentado o agresión, pero al mismo tiempo el portar armas de fuego... puede -y la experiencia lamentablemente así lo demuestra- dar lugar a su utilización innecesaria o abusiva, con daño para ciudadanos inocentes, debiendo responder subsidiariamente de la reparación de dichos daños el Estado o Entidad Pública que organiza el servicio de seguridad, selecciona y forma a sus agentes y les dota del armamento correspondiente... En definitiva, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por el mal uso del arma reglamentaria fuera de su domicilio se deriva de que aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio el riesgo derivado del hecho de portarla sí es una consecuencia directa del modo de organización del

Servicio de Seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad -como se ha expresado- pero que entraña este tipo de riesgos (Sentencia de 8 de mayo de 1996)".

De acuerdo con esta consolidada doctrina, no queda sino añadir que la STS. de 28 de octubre de 1996, analizando un caso de similares contornos fácticos, mantiene que "las condiciones psíquicas en que manifiestamente se encontraba el acusado en la época inmediatamente anterior a la comisión del asesinato..., le constituían en un grave riesgo potencial para los ciudadanos, por lo que al continuar en la posesión y utilización de su arma de fuego reglamentaria, puede estimarse que el daño producido constituye una concreción del riesgo generado por el sistema de organización de la seguridad pública que, cuando no puede detectar con la suficiente eficacia el momento en que las armas entregadas a los agentes dejan de constituir un instrumento de protección ciudadana para constituir un peligro en manos de quien no está en las debidas condiciones para su utilización cuidadosa, debe responder civilmente del daño causado".

El principio de creación de riesgo que, como hemos visto, ha sido acogido por el Tribunal Supremo para fundamentar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado es perfectamente predicable del supuesto que examinamos. De lo contrario, quebraría el principio de equidad que ha de regir en la reparación del daño causado y en la determinación de la indemnización correspondiente a los perjudicados.

A mayor abundamiento, en el caso enjuiciado, es evidente que el Guardia Civil acusado, por su estado anímico, no estaba en condiciones de portar armas, por el peligro potencial que su uso reporta para la sociedad, advirtiéndose una clara «culpa in vigilando» que por parte de sus superiores origina la responsabilidad subsidiaria del Estado, por vía del artículo 121 del Código Penal, que fue incorrectamente rechazada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado.

Efectivamente, además de la pericial psiquiátrica, obra a los folios 113 y 114 de las actuaciones el informe emitido en el Juicio oral por el Psicólogo Sr. R.R., en el que afirma que "el acusado tenía de base una tendencia depresiva leve acompañada de gran ansiedad..., con posibilidad de conductas explosivas, es decir, de acción sin pensamiento", concluyendo, a preguntas de la acusación particular que "hubiera sido aconsejable que no manejara armas". El propio acusado, en la declaración que obra al folio 107, señala que "a raíz de la separación le comentó a su compañero A. que estaba deprimido, pero no se quería dar de baja porque el trabajo le deprimía". Y este mismo compañero, D. J.M.A.M., según consta a los folios 120 y siguientes, declara en el Juicio oral que el acusado, que le comentaba sus problemas de la separación, "se sentía bastante mal, deprimido, desde que él llegó a Córdoba ya tenía problemas..." y que "le aconsejó que se diera de baja, pero le comentaba que necesitaba estar ocupado".

Ha de estimarse, consecuentemente, el motivo que acaba de ser analizado, declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el caso de autos, en defecto de la directa que corresponde al acusado. Esta declaración nos obliga a determinar las personas perjudicadas y la cuantía de las indemnizaciones que han de serles satisfechas, ya que en la sentencia que se revisa tampoco se fija base alguna para llegar a concretar las indemnizaciones que establece para cada uno de los dos hijos de la fallecida, ni se explican las razones por las que no se consideran perjudicados las demás personas que ejercitan la acción particular, infringiendo así el mandato contenido en el artículo 115 CP, que textualmente dice que "los Jueces y Tribunales al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán

razonadamente, en sus resoluciones, las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución".

Para efectuar dicha determinación ha de tenerse en cuenta el parentesco entre la fallecida y quienes ejercitan la acusación particular, padres, hijos y hermanas de la misma, parentesco, en los dos primeros casos, que justifica un mayor resarcimiento derivado de la indudable magnitud del daño moral que aflige a las personas que tan directamente estaban ligadas a ella, conforme dispone el artículo 114 CP.

El Ministerio Fiscal solicitó en la instancia una indemnización de cincuenta millones de pesetas para cada hijo, en tanto que la acusación particular reclamó la suma de treinta y cinco millones para cada uno de los dos hijos y de quince millones de pesetas para el padre, la madre y las tres hermanas de la fallecida. Sin embargo, la sentencia apelada fijó únicamente la suma de veinte millones de pesetas para cada hijo de la víctima.

En lo que se refiere a la cuantía de la indemnización a los hijos, parece que el Magistrado Presidente, quizás siguiendo el criterio de la STC. 181/2.000, de 29 de junio, que no estima prohibida la aplicación de los baremos de la Ley 30/1995 a materia no referida a accidentes de tráfico, como es el caso que nos ocupa, se acoge voluntariamente, en uso de su arbitrio, a tales baremos, posiblemente por entender que no existe ninguna razón especial para indemnizar de distinto modo a un perjudicado por accidente de circulación, que al que lo es por causa diferente. De todos modos, el silencio que al respecto se mantiene en la sentencia objeto de revisión nos permite fijar la indemnización correspondiente a los hijos, de 11 y 6 años de edad, respectivamente, en el momento de la ocurrencia de los hechos. A juicio de esta Sala, las circunstancias concurrentes en el caso que se analiza -la edad de los niños, la muerte de su madre (que les produjo secuelas crónicas que van requerir seguimiento médico durante sus vidas) y la condena a prisión de su padre- revelan un inapropiado ejercicio del arbitrio del Juzgador de instancia, ya que se ha puesto de manifiesto un desajuste, a la baja, entre las consecuencias del delito para tales hijos y las cantidades asignadas para compensarlas. Es por ello, que la cuantía de la indemnización ha de fijarse en doscientos diez mil euros para cada uno, tal y como solicitó la acusación particular, por ser mucho más equitativa y razonable que la señalada en la sentencia recurrida y que la de cincuenta millones de pesetas instada por el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, no desconoce esta Sala que la condición de perjudicados viene determinada por el parentesco y la convivencia, pero si bien es cierto que la víctima vivía independientemente de sus padres y que éstos no recibían colaboración económica alguna de ella, no lo es menos que, a la vista de las circunstancias concurrentes y pese a la dificultad que entraña evaluar un daño moral difícilmente traducible en términos económicos, ese daño moral se ha producido y ha de fijarse, en consecuencia, el "pretium doloris". Por el contrario, el hecho de que tales parientes hayan asumido la tutela de sus nietos, con todas las funciones inherentes a la misma -custodia, educación, alimentos, vestidos, etc.-, supone una asunción de responsabilidad evidente y un perjuicio indudable, máxime si se tiene en cuenta la condición de pensionista del abuelo, pero que puede ser perfectamente compensado mediante la capitalización de las cantidades que se fijan para los nietos, hasta que éstos alcancen la mayoría de edad, lo que les permitirá abonar los gastos que origine el desempeño de aquellas funciones tutelares. Con tal premisa de partida, y, al margen de otras posibles consideraciones, es del todo evidente la existencia de soporte para recono-

cer a los padres de Antonia el derecho a la percepción del referido "pretium doloris", al haber sufrido un «daño moral» real, efectivo y no necesitado, en este caso, de acreditación. A sensu contrario, las consideraciones expuestas excluyen que las hermanas de la víctima puedan ser reputadas como perjudicadas.

A la vista de todo lo expuesto, el "quantum" indemnizatorio a percibir conjuntamente por los padres de la víctima ha de fijarse en treinta mil euros.

OCTAVO.- La fundamentación jurídica precedente conduce ineludiblemente a la estimación íntegra del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y a la estimación parcial de los recursos formulados por las representaciones procesales del condenado en la primera instancia y de la acusación particular, anulando parcialmente los pronunciamientos de la sentencia apelada y condenando al acusado, como autor de un delito de asesinato del artículo 139.1º CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, debiendo imponerle la pena de diecisiete años y un día de prisión, conforme determina el artículo 66.1º CP, dada la gravedad del hecho que perpetró y las consecuencias derivadas del mismo, con las accesorias correspondientes, la responsabilidad civil en la forma que ha quedado reseñada y con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada, al no apreciarse temeridad o mala fe en ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

FALLO

Que estimando íntegramente el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal y sólo en parte los recursos interpuestos por el acusado D. J.J.G.J., representado por el Procurador D. Cristóbal Cañete Vidaurreta y por la acusación particular, representada por la Procuradora Doña Julia López Arias, contra la Sentencia dictada, en fecha diecisiete de julio de dos mil dos, por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba, en causa seguida contra el referido acusado por delito de asesinato, debemos revocar y revocamos parcialmente la mencionada Sentencia -cuya parte dispositiva ha sido reproducida en el Cuarto Antecedente de Hecho de la presente resolución-, y, en su virtud, debemos condenar y condenamos al acusado J.G.J. como criminalmente responsable, en concepto de autor, de un delito de asesinato, previsto y penado en el artículo 139.1º del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DIECISIETE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, con la prohibición de volver, durante los cinco años siguientes al cumplimiento de la condena, al lugar donde cometió el delito, y con declaración de oficio de las costas causadas en esta segunda instancia.

El acusado, como responsable civil directo, y, en defecto de éste, el Estado -Dirección General de la Guardia Civil-, como responsable civil subsidiario, deberán indemnizar a los hijos de la víctima, A. y D., o a su representante legal, en la suma de doscientos diez mil euros a cada uno de ellos, más los intereses que correspondan, así como a los padres de la fallecida, D. B.S.F. y Dª. A.M.M., en la suma total para ambos de treinta mil euros, más los intereses legales correspondientes.

Se mantiene el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia apelada.

COMENTARIO A LA STSJ DE ANDALUCÍA, DE 13 DE ENERO DE 2003.

En esta sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal) resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Tribunal de Jurado) que había condenado al acusado como autor de un delito de asesinato a la pena de veinte años y un día de prisión. Los hechos que dan lugar a la anterior resolución son básicamente los siguientes: el acusado -guardia civil de profesión- se encontraba separado judicialmente de su esposa, pese a lo cual pretendía la reconciliación, fundamentalmente -como consta en el relato de los hechos probados de la sentencia- por una motivación de índole económica, puesto que la cantidad económica que el Juzgado de Familia había fijado que debía pasar a su mujer y dos hijos menores representaba la mayor parte de su sueldo, quedándose muy poco para atender a sus propias necesidades. Una tarde -tras coger su arma reglamentaria- se presentó en la casa donde vivía su ex mujer e hijos. Al comprobar que no estaba se marchó a buscarla por los alrededores de la casa de sus suegros, apareciendo ésta al poco rato con sus hijos. Tras intercambiar apenas dos frases, y de forma totalmente sorpresiva, el acusado sacó su arma reglamentaria y disparó a la mujer en el pecho a pocos metros de distancia, produciéndole la muerte al alcanzar zonas vitales. Aún, mientras ella caía el suelo, efectuó otros cinco disparos que impactaron en el cuerpo de la víctima.

Nos encontramos, pues, ante un nuevo caso de violencia doméstica; en esta ocasión, además, en el peor de los supuestos posibles, por su gravedad: el asesinato de una mujer por quien ha sido su pareja afectiva, en este caso su marido, del que ya se encontraba separada. Asesinato que tiene lugar en presencia de los hijos, de apenas 11 y 6 años, respectivamente. El Tribunal de Instancia condenó al acusado como autor de un delito de asesinato a la pena de veinte años y un día, y declaró la responsabilidad civil del mismo, condenándole a indemnizar con la suma de veinte millones de pesetas más los intereses a cada una de sus hijas o al representante legal de los mismos. Contra esta sentencia, tanto el condenado como el Ministerio Fiscal y las acusaciones particular y popular (ejercida por el Ayuntamiento de Córdoba) presentaron sendos recursos de apelación, que son resueltos por la sentencia que ahora se comenta. No obstante, antes de entrar en el análisis propiamente dicho de la referida sentencia, es preciso destacar la labor sumamente positiva que el Instituto Andaluz de la Mujer viene realizando a favor de las víctimas de violencia doméstica, en este caso, a través del servicio legal a favor de éstas y sus familiares. Así, en el caso que nos ocupa, la acusación ha sido ejercida a través del Servicio Legal de Defensa de las Víctimas de Malos Tratos del IAM.

Por lo que se refiere a la sentencia, varios son los aspectos que, a nuestro juicio, merecen ser destacados. Así, a pesar de la pretensión del condenado de que los hechos fuesen calificados como delito de homicidio y no de asesinato -con la consiguiente rebaja en la pena impuesta- al estimar que no concurría la circunstancia agravante de alevosía, el TSJ de Andalucía -tras analizar detalladamente los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia e invocando la jurisprudencia del TS al respecto- confirma la calificación jurídica de asesinato efectuada en instancia, apreciando que, en efecto, desde el inicio de la conducta criminal perpetrada por el acusado concurrió el elemento de la alevosía. Tampoco aprecia la concurrencia de la circunstancia atenuante de enajenación mental transitoria, como pretendía asimismo el condenado. Por lo demás, y a diferencia de lo declarado por la Audiencia Provincial de Córdoba, estima que no concurre la circunstancia -agravante- de parentesco, lo que, sin embargo, no tiene incidencia alguna en la pena, al quedar compensado con la exclusión de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo, cuya concurrencia rechaza el TSJ de Andalucía. No obstante, se produce una rebaja sensible de la pena -de veinte años y un día a diecisiete años- al estimar que no concurre la circunstancia agravante de ensañamiento. Por otra parte, ambas resoluciones judiciales prohíben al condenado volver al lugar donde cometió el delito en los cinco años siguientes al cumplimiento de la condena, alejando de éste modo al asesino del lugar de residencia de los familiares de la víctima asesinada.

Pero, sin duda, el interés principal de esta sentencia radica, precisamente, en la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, y más concretamente de la Dirección General de la Guardia Civil, que el TSJ de Andalucía ahora declara, acogiendo las tesis esgrimidas por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, al tiempo que amplía el círculo de los sujetos que deben ser indemnizados, incluyendo no sólo a los hijos sino también a los abuelos maternos de éstos a cuyo cargo han quedado los mismos, y eleva el quantum indemnizatorio a favor de los menores. En este sentido, es preciso partir del dato incontestable de que el condenado -guardia civil- cometió el asesinato con su arma reglamentaria, la cual tenía a su disposición precisamente en razón de su profesión. Es esta circunstancia la que lleva al TSJ de Andalucía a declarar dicha responsabilidad subsidiaria, revocando en este punto -de modo acertado, a nuestro juicio- la sentencia de instancia. El Tribunal acoge así la tesis del Tribunal Supremo acerca de la creación de riesgo como fundamento de esta responsabilidad en relación con los hechos delictivos cometidos por quienes son agentes o miembros de las fuerzas de seguridad del Estado utilizando de modo abusivo su arma de fuego reglamentaria. La declaración de esta responsabilidad por parte del Estado implica, pues, el reconocimiento de la cuota de responsabilidad que corresponder al

Estado por no garantizar de forma eficaz que sus agentes armados no constituyen un grave riesgo potencial para los ciudadanos, detectando cuando las armas entregadas a sus han dejado de constituir primordialmente un instrumento de defensa y protección de los ciudadanos para convertirse en un peligro potencial al estar en manos inadecuadas, de quien no reúne las condiciones imprescindibles para portarlas. La cuantificación económica de dicha responsabilidad evita, finalmente, una nueva indefensión económica de las víctimas de estos delitos, no sólo directos cuando sobreviven, que no es el caso, sino de las "otras víctimas": hijos,

huérfanos de madre, y también "de facto" de padre, y abuelos maternos bajo cuya custodia quedarán los niños. Por lo demás, el TSJ declara que también deben ser indemnizados los padres de la víctima -abuelos maternos de los hijos- y eleva -de veinte a cincuenta millones de pesetas- la indemnización que corresponde percibir a cada uno de los hijos y que, en caso de insuficiencia económica del condenado penalmente y responsable civil directo deberá ser asumida por la Dirección General de la Guardia Civil (MARÍA DEL MAR NAVAS, Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TS SALA 1ª

SENTENCIA 3 DE DICIEMBRE DE 2002. PONENTE: SR. GARCÍA VARELA. Impugnación de paternidad matrimonial. El TS entiende 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 resultante del estado matrimonial. La protección integral que a los hijos asegura el artículo 39 de la Constitución clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor.

TS SALA 2ª (DE LO PENAL),

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 2002. PONENTE: SR. MARTÍNEZ ARRIETA. Interpretación del concepto de penetración en el tipo penal de abusos sexuales y validez del testimonio de la víctima como prueba de cargo. El concepto de penetración supone el acceso carnal y la introducción del órgano sexual masculino en las cavidades vaginal, bucal y anal, rellenándose la tipicidad tanto cuando se penetra como cuando se hace penetrar, es decir, tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta de penetrar, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad, con violencia o intimidación o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado, presuponiendo la introducción del órgano sexual masculino en alguna de las cavidades típicas. Desde esta perspectiva no puede ser considerado penetración otras conductas que no supongan la acción antes descrita. Por otra parte, en esta misma sentencia, el TS reitera la eficacia de la declaración de la víctima, aún cuando ésta sea menor, para enervar la presunción de inocencia en los delitos de índole sexual, siempre que el testimonio incriminatorio de la víctima se practique con las debidas garantías y no existan razones objetivas que hagan dudar de la veracidad de lo que dice.

TS SALA 2ª,

SENTENCIA 18 OCTUBRE 2002. PONENTE: SR. APARICIO CALVO-RUBIO. Declaración de la víctima en delito de abuso sexual. El TS reitera su doctrina acerca de la eficacia de la declaración incriminatoria de la víctima, señalando que ello no supone que automáticamente quede desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar una supuesta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración, como una prueba más, por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de racionalidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba, para lo cual el propio TS ha señalado una serie de pautas útiles o

reglas de experiencia, como parámetros de contraste para fundamentar una sentencia condenatoria.

TS SALA 3ª,

SENTENCIA 19 SEPTIEMBRE 2002. PONENTE: SR. MAURANDI GUILLÉN. Discriminación por razón de sexo: la prohibición de que las mujeres participen en el Arde tradicional de Irún es contraria al artículo 14 de la Constitución y nula. El TS diferencia –a efectos de apreciar si se ha producido o no una discriminación por razón de sexo al excluir a las mujeres– entre aquellos eventos que constituyen una mera representación histórica celebrados con la finalidad de escenificar con total exactitud el acontecimiento histórico que se quiere rememorar y aquellos otros que son más bien un acontecimiento folclórico. Mientras que en los primeros la exclusión de las mujeres podría estar justificada, en los segundos no. Así afirma que en las celebraciones festivas de carácter popular, cuando son organizadas en el marco de actividades de una Administración pública y con sujeción a la regulación reglamentaria que por ella haya sido establecida, la exclusión femenina resulta injustificada, pues equivaldría a admitir que en razón del sexo se pueden establecer diferentes grados de participación ciudadana en esta clase de acontecimientos. El riguroso canon de legitimidad que ha de ser aplicado a las diferenciaciones por razón de sexo, aplicado al caso presente, significa que la exclusión de mujeres en el Arde de San Marcial, para ser considerada justificada, exigiría inexcusablemente que el Arde de San Marcial fuera sólo una representación histórica, y que estuviera acreditado que la costumbre de su celebración reflejó en todo tiempo el inequívoco propósito popular de escenificar con absoluta fidelidad el acontecimiento que se quiere recordar; circunstancia que no queda acreditada.

STSJ DE MADRID, SALA DE LO SOCIAL,

SENTENCIA 26 NOVIEMBRE 2002.. PONENTE: SRA. MORALES VALLEZ. Acoso sexual en el trabajo. El TSJ de Madrid recuerda la doctrina constitucional acerca del "acoso sexual en el trabajo" (STC de 13 de diciembre de 1999), de acuerdo con la cual, dejando al margen el acoso sexual tipificado como delito, en el ámbito protegido por los arts. 18.1 CE y art. 4.2 e) ET queda prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (resolu-

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

ción del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 Mayo 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 Nov. 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo). En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo. En resumen, pues, para que exista

un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo.

NOTICIAS

La Comunidad Autónoma de Andalucía, aprueba diversas medidas de apoyo a las familias andaluzas, entre ellas, deducciones por hijos menores de tres años y por parto múltiple, así como deducciones para el fomento del autoempleo de las mujeres emprendedoras (BOJA núm. 151, de 24 de diciembre de 2002 y, posteriormente, en el BOE núm. 14, de 16 de enero de 2003, que publica la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, de normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras).

Ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas, en el Decreto 18/2003, de 4 de febrero (BOJA núm. 26, de 7 de febrero de 2002) en aspectos tales como facilitar el acceso a las plazas de los centros de atención socio-educativa en los casos de familias monoparentales, numerosas y aquellas en las que alguno de sus miembros sea una persona con minusvalía.

El BOJA núm. 153, de 28 de diciembre de 2002, publica la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía (publicada posteriormente en el BOE núm. 11, de 13 de enero de 2003). Con esta Ley se pretende ofrecer un instrumento de apoyo jurídico a

las parejas de hecho y extender a éstas los beneficios que el ordenamiento autonómico venía confiriendo expresamente a las uniones matrimoniales.

Las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y Murcia han aprobado sendas Leyes de creación del Instituto de la Mujer. Se trata de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 151, de 4 de diciembre de 2002 y en el BOE núm. 24, de 28 de enero de 2003). Y de la Ley 12/2002, de 3 de diciembre, de la Asamblea Regional de Murcia, de creación del Instituto de la Mujer de la Región de Murcia (publicada en el Boletín Oficial de la Región de Murcia núm. 296, de 24 de diciembre de 2002).

El Instituto Andaluz de la Mujer ha editado el libro *Medios de comunicación y violencia contra las mujeres*, en el que se recogen las ponencias presentadas en el seminario con el mismo lema celebrado en Sevilla en el mes de noviembre de 2002. El volumen recoge, además, una serie de recomendaciones para abordar las noticias relacionadas con la violencia contra las mujeres.

Instituto Andaluz de la Mujer

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

Teléfono de Información a la Mujer

900 200 999