

# ARTICULO

# 14

---

## UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

---

Boletín de Información  
y Análisis Jurídico

NÚM. 11 • DICIEMBRE DE 2002

### DOCTRINA

- La violencia de género.

### LEGISLACIÓN

- Directiva, igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.
- Ley Foral del Gobierno de Navarra, Medidas Integrales contra la violencia sexista.

### JURISPRUDENCIA

- Colisión entre el derecho a la libertad de información y a la intimidad de una víctima de violación.
- Eficacia de la declaración de la víctima para provocar la condena del autor del delito.
- Agravante de parentesco en delito de lesiones a compañera de pareja de hecho.
- Derecho a una hora de ausencia en el trabajo para el cuidado de hijo menor de nueve meses a favor de Funcionario de la Junta de Andalucía.
- Compatibilidad del derecho a la reducción de la jornada de trabajo por lactancia y a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menor o minusválido.



# ARTÍCULO 14

## Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

### Dirección:

Teresa Jiménez Vilchez

### Coordinación:

Pilar Gutiérrez

### Contenidos:

Área de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Málaga

### Dirección Técnica:

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

### Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.<sup>a</sup> del Mar Navas Sánchez

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

Montserrat Reyes

### Edita:

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, S.L.

### Dep. Legal:

SE-2460-01

## Sumario:

### PRESENTACIÓN

Teresa Jiménez Vilchez

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

### DOCTRINA

La violencia de género.

Francisco Balaguer Callejón.

*Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada* ..... 4

### LEGISLACIÓN

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 ..... 7

Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de Medidas Integrales contra la violencia sexista ..... 15

### JURISPRUDENCIA TC

Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2002, de 14 de octubre. La libertad de información no puede amparar la violación del derecho a la intimidad de una víctima de un delito de violación ..... 20

### JURISPRUDENCIA TS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2002. Eficacia de la declaración de la víctima para provocar la condena del autor del delito ..... 26

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2002. Doctrina sobre el tipo de violencia doméstica del 153 C.P. en relación con la institución de la cosa juzgada ..... 29

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2002. Agravante de parentesco en delito de lesiones a compañera en pareja de hecho ..... 33

Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2002. Disfrute del permiso por maternidad ..... 37

### JURISPRUDENCIA TSJA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 516, de 1 de julio de 2002, derecho a una hora de ausencia en el trabajo para el cuidado de hijo menor de nueve meses a favor de Funcionario de la Junta de Andalucía ..... 40

### JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Comentario a la Sentencia núm. 7/02, del Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona, de 9 de enero de 2002. Compatibilidad del derecho a la reducción de la jornada de trabajo por lactancia de hijo menor de nueve meses y del derecho a la reducción de jornada de trabajo por cuidado de menor o minusválido ..... 42

Sentencia núm. 611 de la Audiencia Provincial de Granada (sección primera). In dubio pro reo. Absolución del delito de violación ..... 43

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES ..... 46

NOTICIAS ..... 47

## PRESENTACIÓN

La información y el asesoramiento legal a las mujeres que sufren la violencia de género es el primer eslabón para construir una vida autónoma y libre de violencia, por ello, desde la creación del Instituto Andaluz de la Mujer se vienen ampliando recursos y servicios a través de los cuales se facilita información, asesoramiento y atención a las mujeres.

En este sentido, para seguir ampliando la cobertura de los Servicios de información legal a las mujeres y aprovechando las herramientas que permiten las nuevas tecnologías, el Plan de Acción del Gobierno Andaluz contra la Violencia hacia las Mujeres para el periodo 2001-2004, ofrece a las ciudadanas andaluzas un Servicio de Asesoramiento Jurídico Telefónico y On-Line- 24 Horas, que les permite realizar las consultas legales que necesiten, tanto a través de la línea telefónica como de la página web del Instituto Andaluz de la Mujer, y además comprende, en aquellos casos que sea necesario, la intervención letrada inmediata por una abogada que se personará en el lugar donde se encuentre la mujer interponiendo la denuncia, Juzgado de Guardia o Comisaría de Policía.

Llevamos seis meses de desarrollo del Servicio, durante los cuales se han atendido, a través de la línea gratuita 900 200 999 del Instituto Andaluz de la Mujer, 4.762 consultas jurídicas, de las cuales 1.766 han tenido relación con la materia del Derecho Penal, mayoritariamente, sobre agresiones físicas y psíquicas, asesoramiento en la interposición de la denuncia de malos tratos, el procedimiento que sigue la denuncia, medidas cautelares de protección y en general consejos legales para ayudar a las víctimas. Y desde el Derecho Civil de Familia han sido 2.024 las consultas realizadas, especialmente sobre: separación, divorcio y nulidad, separación por malos tratos, efectos de la separación, guarda y custodia de los hijos e hijas, pensiones de alimentos y bienes gananciales. Las restantes consultas han versado sobre el derecho a la justicia gratuita, información sobre Centros y Servicios de ayuda a las víctimas, entre otras.

Han requerido asistencia letrada para la interposición de la denuncia, medidas cautelares de protección o de alejamiento, 61 mujeres, a las que, la asesora jurídica del teléfono 900 200 999 ha enviado una abogada al lugar donde la víctima se encontraba ( Juzgado de Guardia, Comisaría de Policía) interponiendo la denuncia de malos tratos, mediante el Servicio especializado de asistencia inmediata que se desarrolla en colaboración con la Asociación Derecho y Democracia.

A través de la página Web del I.A.M: [www.juntadeandalucia.es/iam](http://www.juntadeandalucia.es/iam), se accede a la Guía de los Derechos de la Mujer en la que se desarrollan las orientaciones jurídicas básicas para las víctimas de la violencia contra las mujeres.

Así mismo, existe la posibilidad de realizar consultas jurídicas personalizadas On-Line sobre violencia de género. En este Servicio se ha prestado asesoramiento a 109 personas, siendo las cuestiones que más frecuentemente se han atendido las relacionadas con los trámites jurídicos y los derechos que asisten a las mujeres que sufren malos tratos. Hay que destacar también, que hemos podido comprobar que estamos ante un recurso innovador que propicia el acercamiento a la información y el apoyo a las ciudadanas andaluzas con independencia del lugar en el que se encuentren.

Con este nuevo Servicio las mujeres disponen de un instrumento de información jurídica inmediata y eficaz sobre los derechos que les amparan y las acciones legales para el ejercicio de los mismos.

**Teresa Jiménez Vilchez**

*Directora del Instituto Andaluz de la Mujer*

## DOCTRINA

## LA VIOLENCIA DE GÉNERO

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

La lucha contra la violencia de género ha experimentado algunos avances en los últimos años en lo que a sensibilización social, auspiciada por los medios de comunicación, se refiere. A esa sensibilización ha contribuido, sin duda, el mayor conocimiento de una realidad que estaba oculta y que actualmente se está abriendo a la luz pública con datos estremecedores. Aun cuando las cifras exactas son difíciles de conocer, lo cierto es que, desde hace varios años la estimación del número de víctimas de la violencia doméstica supera los cuarenta (46 en el año 2001). No se trata, desgraciadamente, de un número que tenga tendencia a disminuir sino a aumentar. Lo mismo puede decirse del número de denuncias por malos tratos que superan igualmente las veinte mil desde 1999, llegando a 24.158 en el año 2001. En el año 2002 las cifras no parece que vayan a mejorar: hasta el mes de octubre se presentaron 25.304 denuncias y hasta primeros del mes de diciembre se contabilizaban 49 víctimas mortales. Existen, en todo caso, diferencias significativas en los datos que se proporcionan a la prensa ya que algunas fuentes cifran el número de víctimas en más de 70 por año y en 51 hasta primeros de septiembre.

La preocupación por esta lacra no es exclusiva de nuestro país sino que se extiende al ámbito europeo en sentido amplio y al específico de la Unión Europea. En el primer caso, el Consejo de Europa ha expresado ya la necesidad de que sus Estados miembros adopten medidas eficaces contra la violencia doméstica, recomendando, por ejemplo, el alejamiento automático del agresor respecto de la víctima en el momento en que ésta presenta la denuncia. Igualmente se propone que se doten fondos específicos a la lucha contra este problema.

En lo que a la Unión Europea se refiere, el Parlamento Europeo ha pedido recientemente a los países miembros de la Unión que incorporen a su legislación el desalojo del agresor del domicilio común, siguiendo el modelo austríaco vigente desde 1997 que se ha impuesto también en Alemania. También se pone el acento en la necesidad de aportar medios económicos por parte de los poderes públicos con objeto de afrontar seriamente el problema. A este respecto, la Unión Europea ha dado ya algunos pasos que podríamos considerar preliminares, a través del programa Daphne iniciado en 1997, con una dotación económica de tres millones de ecus para 1997 y 1998 y de 5 millones de euros para 1999. Esta iniciativa tenía como objeto en su primer año piloto, facilitar la acción multisectorial y de ONG para combatir la violencia sobre niños, adolescentes y mujeres. A partir del año 2000 se transforma en un programa cuatrienal para el período 2000-2003 que hace posible no sólo la elaboración de proyectos anuales sino también plurianuales (de dos o tres años) y que extiende la financiación prevista inicialmente para ONG y organizaciones de voluntariado a instituciones y organizaciones que actúen en el ámbito de la prevención y la protección contra la violencia ejercida sobre niños, adolescentes y mujeres. El programa Daphne está dotado con un total de veinte millones de euros distribuido en cinco por año, si bien el presupuesto para 2002 se ha ampliado a seis millones de euros.

El objetivo esencial del programa Daphne consiste en aumentar la sensibilización de la opinión pública respecto de la violencia y la prevención de la violencia ejercida sobre niños, adolescentes y mujeres. Con ese objetivo se fomentan campañas de información en cooperación con los Estados miembros de la Unión Europea, se intenta crear una fuente de información a escala europea sobre esta materia y se promueven estudios en el ámbito de la violencia. Estos estudios deberán estar orientados a definir los procedimientos y políticas más eficaces para prevenir la violencia, para ayudar a las víctimas de la violencia y para analizar su coste social y económico con objeto de establecer las respuestas necesarias.

En nuestro país, ha habido importantes novedades en los últimos meses en esta materia. La más destacada, sin duda, por sí misma y por lo que puede suponer de impulso en el futuro, ha sido la Proposición de Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. Desgraciadamente, el rechazo del Partido Popular ha impedido que la proposición de ley siguiera adelante, pese a que todos los demás grupos parlamentarios se manifestaran a favor. No obstante, bien puede decirse que el esfuerzo ha merecido la pena tanto por su contenido, que pasamos a analizar seguidamente, cuanto por las consecuencias políticas que ha tenido este sugestivo intento de abordar de manera global el problema, a las que nos referiremos al final.

En la Exposición de Motivos de esta Proposición de Ley se parte de la constatación de que las causas de la violencia doméstica son profundas por cuánto inherentes a un modelo de sociedad en el que se pretende que la mujer ocupe una

## DOCTRINA

posición de inferioridad y sumisión al hombre. Consciente de que esas causas profundas no se van a transformar de una manera rápida y radical, la proposición de ley pretende dar una respuesta global al problema que incentive el necesario proceso de cambio.

La proposición de ley parte también de la necesidad de que se asignen recursos presupuestarios suficientes para eliminar la violencia contra las mujeres. Igualmente se destaca la necesidad de promover la sensibilización y el cambio de actitudes y de comportamientos. Del mismo modo se señala como la dependencia económica de una gran mayoría de mujeres respecto de su cónyuge o compañero es un elemento a considerar en la lucha contra la violencia doméstica.

El planteamiento de la proposición de ley de abordar el tema desde una perspectiva integral conduce necesariamente al ámbito educativo. Así, se indica en la Exposición de Motivos que <<la violencia de género debe enfocarse de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación. La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las mujeres, tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización>>. Se asume un concepto amplio de educación que incluye no sólo la escuela sino también la familia y los medios de comunicación. Igualmente, se atiende a la importancia que tiene el lenguaje y a la necesidad de que se superen construcciones y formas sexistas. Un aspecto a destacar es la referencia a la publicidad, en relación con la cual se indica que <<las normas sobre la publicidad habrán de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos como en los privados>>.

Entre las medidas específicas que se contemplan en la proposición de ley, hay un amplio número dedicado a la atención a las víctimas de la violencia. Por un lado, de especialización de los profesionales que atienden a las víctimas de la violencia. Esto tanto por lo que se refiere a los abogados y procuradores que les prestan asistencia legal, cuanto por lo que atañe a los profesionales sanitarios. De modo especial se atiende a la potenciación de los Servicios de Atención a la Mujer y los Expertos en Mujer y Menor de las Fuerzas de Seguridad del Estado. También se prevé la introducción de módulos de formación específicos relativos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces, Fiscales y Forenses.

Por otro lado, la proposición de ley prevé la atención y acogida inmediata, en su caso, de las mujeres y sus hijos e hijas, para lo que se determina la creación por las Administraciones competentes de Centros de Emergencia y Recuperación Integral. Entre los objetivos de esos centros se destacan los de ofrecer una vivienda donde desarrollar su vida sin violencia y contribuir a facilitar la independencia social y económica de las mujeres y servir de apoyo para la búsqueda de una vivienda definitiva. Desde este punto de vista del apoyo económico se hace referencia a la necesidad de regular procesos específicos de adjudicación de viviendas de promoción pública a las víctimas así como la previsión de un salario social que les permita disponer de unos recursos mínimos de subsistencia.

También en el ámbito de las medidas específicas que contempla esta proposición de ley destaca la creación de una Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género <<a la que corresponderá formular la política del Gobierno en relación con la violencia de género y coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dicha materia, que necesariamente habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía del derecho de las mujeres a vivir sin violencia>>. Igualmente, se crea el Consejo Consultivo, como órgano colegiado adscrito al Ministerio de la Presidencia a través de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Este Consejo Consultivo tiene como funciones esenciales las de <<servir como observatorio de la situación y evolución de la violencia de género, así como asesorar y colaborar con la Delegación en la elaboración de propuestas y medidas para erradicar la violencia>>. Se prevé que este Consejo Consultivo controle el tratamiento de la imagen de la mujer en los medios de comunicación y que tenga capacidad para realizar propuestas de obligado cumplimiento.

Como ya hemos indicado, estas previsiones no se han incorporado, de momento, a nuestro ordenamiento jurídico, ya que la votación en el Congreso el día 10 de septiembre arrojó un resultado favorable de 151 votos frente a los 165 votos en contra del Partido Popular. No obstante, los efectos políticos de la propuesta han sido muy positivos. Ante todo, porque a raíz de esta votación desfavorable se aprobó, una semana después, una nueva propuesta consensuada por todos los grupos políticos para elaborar crear una subcomisión parlamentaria que deberá preparar un texto legal, en el plazo de cuatro meses, en el que se establecerán medidas políticas, económicas, jurídicas y sociales. No cabe duda de que, si esa subcomisión quiere realizar un trabajo serio, tendrá que tener en cuenta el texto de la proposición de ley y acoger muchas de las medidas que se proyectan en ese texto.

## DOCTRINA

Pero, además de esa nueva deriva del intento de abordar una solución integral al problema de la violencia de género, parece claro también que, como efecto secundario de la proposición de ley, se han activado y agilizado algunas medidas parciales, insuficientes pero positivas. Es el caso del convenio de creación del Observatorio contra la Violencia Doméstica, suscrito por el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial el 26 de septiembre, para el seguimiento de las sentencias sobre malos tratos. Sea cual sea la eficacia de este Observatorio es evidente su conexión con las pretensiones (más amplias, por lo demás) del Consejo Consultivo previsto en la proposición de ley.

Igualmente se ha anunciado por el Gobierno que se extenderán los equipos provinciales de la Guardia Civil de atención a mujeres y menores víctimas de la violencia y que se implantarán en todas las comisarías provinciales los servicios policiales de atención a la familia. También se prevé la organización de cursos para abogados y funcionarios judiciales y policiales sobre como atender a las víctimas. Estas medidas estaban igualmente contempladas en la proposición de ley.

La última de las medidas, en el momento de redactar estas líneas, consiste en la aprobación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE de 28 de octubre de 2002) y de la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE de 28 de octubre de 2002).

La reforma legal agiliza los procedimientos judiciales con objeto de evitar los efectos disfuncionales de los retrasos, entre los que se encuentran el que los retrasos en la sustanciación de los procesos penales sean aprovechados en ocasiones por los imputados para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial y, sobre todo, para reiterar conductas delictivas, lo que genera una impresión generalizada de aparente impunidad y de indefensión de la ciudadanía ante cierto tipo de delitos.

Entre las medidas previstas está la creación de un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, que en ciertos casos permite el enjuiciamiento inmediato de los mismos. Entre los supuestos contemplados está justamente el de la violencia doméstica, al tratarse de hechos que repugnan gravemente a la conciencia social. También se agilizan los juicios de faltas haciendo posible que esos juicios puedan celebrarse en determinados casos ante el propio juzgado de guardia en menos de veinticuatro horas desde que éste tenga noticia del hecho.

Estas leyes entrarán en vigor a los seis meses de su publicación oficial, esto es, en el mes de abril de 2003. Para entonces tendrá que haber también un pronunciamiento relativo a la nueva legislación preparada por la Subcomisión parlamentaria (previsto para el mes de marzo). Esperemos que en esas fechas puedan recogerse los frutos definitivos del esfuerzo político que ha supuesto esta proposición de ley, destinada a marcar un antes y un después en la protección de la mujer y en la construcción de vías de solución al problema de la violencia de género.

## LEGISLACIÓN

**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<sup>1</sup>**

(Texto pertinente a efectos del EEE)

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA  
UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y,  
en particular, el apartado 3 de su artículo 141,

Vista la propuesta de la Comisión<sup>2</sup>,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social<sup>3</sup>,

De conformidad con el procedimiento establecido en el  
artículo 251 del Tratado<sup>4</sup>, a la vista del texto conjunto  
aprobado el 19 de abril de 2002 por el Comité de  
conciliación,

Considerando lo siguiente:

- (1) De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, y respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.
- (2) El derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como por el Convenio para la

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son signatarios todos los Estados miembros.

- (3) La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- (4) La igualdad de trato entre hombres y mujeres es un principio fundamental, con arreglo al artículo 2 y al apartado 2 del artículo 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dichas disposiciones del Tratado proclaman la igualdad entre mujeres y hombres como una "misión" y un "objetivo" de la Comunidad e imponen la obligación positiva de "promover" dicha igualdad en todas sus actividades.
- (5) El artículo 141 del Tratado, y en particular su apartado 3, hace referencia específica a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- (6) La Directiva 76/207/CEE del Consejo<sup>5</sup> no define los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico<sup>6</sup>, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>7</sup>, que definen la discriminación directa e indirecta. Resulta, pues, apropiado incluir definiciones en línea con dichas Directivas por lo que al sexo se refiere.
- (7) La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar,

<sup>1</sup> Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie L 269, de 5-10-2002, págs. 15-20.

<sup>2</sup> DO C 337 E de 28.11.2000, p. 204, y DO C 270 E de 25.9.2001, p. 9.

<sup>3</sup> DO C 123 de 25.4.2001, p. 81.

<sup>4</sup> Dictamen del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2001 (DO C 47 de 21.2.2002, p. 9), Posición común del Consejo de 23 de julio de 2001 (DO C 307 de 31.10.2001, p. 5) y Decisión del Parlamento Europeo de 24 de octubre de 2001 (DO C 112 E de 9.5.2002, p. 14); Decisión del Parlamento Europeo de 12 de junio de 2002 y Decisión del Consejo de 13 de junio de 2002.

<sup>5</sup> DO L 39 de 14.2.1976, p. 40.

<sup>6</sup> DO L 180 de 19.7.2000, p. 22.

<sup>7</sup> DO L 303 de 2.12.2000, p. 16.

## LEGISLACIÓN

con otros, sindicatos y a afiliarse a éstos en defensa de sus intereses. Las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado podrán incluir la pertenencia o la continuación de la actividad de organizaciones o sindicatos cuyo objetivo principal sea la promoción, en la práctica, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

- (8) El acoso relacionado con el sexo de una persona y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; por ello conviene definir dichos conceptos y prohibir dichas formas de discriminación. Con este objetivo, debe hacerse hincapié en que dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional, durante el empleo y la ocupación.
- (9) En este contexto, debe alentarse a los empresarios y a los responsables de la formación profesional a tomar medidas para combatir toda clase de discriminación por razón de sexo y, en particular, a tomar medidas preventivas contra el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, de conformidad con la legislación y la práctica nacional.
- (10) La apreciación de los hechos de los que pueda deducirse la existencia de una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes, de conformidad con las normas del Derecho o las prácticas nacionales. Estas normas podrán determinar, en particular, que la existencia de una discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>8</sup>, la discriminación implica la aplicación de reglas diferentes a situaciones comparables o la aplicación de la misma regla a situaciones diferentes.
- (11) Las actividades profesionales que los Estados miembros pueden excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE deben restringirse a las que requieren el empleo de una persona de un sexo determinado por la naturaleza de las actividades profesionales particulares de que se trate, siempre que el objetivo buscado sea legítimo y se respete el principio de proporcionalidad tal y como está establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>9</sup>.
- (12) El Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente la legitimidad, en virtud del principio de igualdad de trato, de proteger la condición biológica de la mujer durante y tras el embarazo. Ha establecido reiteradamente, además, que todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad cons-

tituye discriminación sexual directa. Por consiguiente, la presente Directiva no afecta a lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)<sup>10</sup>, que persigue el objetivo de proteger la salud física y mental de la mujer que esté embarazada, haya dado a luz recientemente o se encuentre en período de lactancia. En los considerandos de la Directiva 92/85/CEE se establece que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora que esté embarazada, haya dado a luz o esté en período de lactancia no debe suponer tratar de manera menos favorable a las mujeres en el mercado de trabajo ni debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. El Tribunal de Justicia ha reconocido la protección del derecho al trabajo de las mujeres, en particular su derecho a reincorporarse al mismo puesto o a un puesto equivalente, en condiciones laborales que no sean menos favorables, así como a disfrutar de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho durante su ausencia.

- (13) En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar<sup>11</sup>, se alentó a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que sus respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores el derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo sus derechos en materia laboral. En este contexto, es importante resaltar que son los Estados miembros los que deben decidir si reconocen dicho derecho así como determinar aquellas condiciones, distintas del despido y la reincorporación al trabajo, que no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.
- (14) Los Estados miembros podrán, de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales. Dada la situación actual, y teniendo en cuenta la Declaración 28 n° del Tratado de Amsterdam, los Estados miembros deben, en primer lugar, aspirar a

8. Asunto C-394/96: Brown (Recopilación 1998, p. I-4185) y asunto C-342/93: Gillespie (Recopilación 1996, p. I-475).

9. Asunto C-222/84: Johnston (Recopilación 1986, p. 1651), asunto C-273/97: Sirdar (Recopilación 1999, p. I-7403) y asunto C-285/98: Kreil (Recopilación 2000, p. I-69).

10. DO L 348 de 28.11.1992, p. 1.

11. DO C 218 de 31.7.2000, p. 5.

## LEGISLACIÓN

mejorar la situación de la mujer en la vida laboral.

- (15) La prohibición de la discriminación debe entenderse sin perjuicio del mantenimiento o la adopción de medidas destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja sufridas por un grupo de personas del mismo sexo. Tales medidas permiten la existencia de organizaciones de personas del mismo sexo cuando su objetivo principal sea promover las necesidades especiales de tales personas y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres.
- (16) El principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres ya está firmemente establecido en el artículo 141 del Tratado y en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos<sup>12</sup>, y lo confirma reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; dicho principio constituye un elemento esencial e indispensable del acervo comunitario relativo a la discriminación por razón de sexo.
- (17) El Tribunal de Justicia ha dictaminado que, dado el carácter fundamental del derecho a una tutela judicial efectiva, los trabajadores gozan de dicha protección incluso tras la extinción de la relación laboral<sup>13</sup>. Un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la presente Directiva debe tener derecho a idéntica protección.
- (18) El Tribunal de Justicia ha dictaminado que la eficacia del principio de igualdad de trato exige que, de violarse tal principio, la compensación reconocida al trabajador víctima de discriminación ha de ser adecuada al perjuicio sufrido. Además ha precisado que fijar de antemano un tope máximo puede imposibilitar la compensación efectiva y que no se pueden excluir los intereses destinados a compensar la pérdida sufrida<sup>14</sup>.
- (19) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las normas nacionales relativas a plazos de interposición de demandas son admisibles siempre que no sean menos favorables que las de los plazos de demandas similares de carácter nacional y que no imposibiliten en la práctica el ejercicio de los derechos reconocidos por el Derecho comunitario.
- (20) Las personas que hayan sido objeto de discriminación por razón de sexo deben disponer de medios adecuados de protección jurídica. A fin de asegurar una protección más eficaz, también se debe facultar a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas para que puedan iniciar procedimientos, con arreglo a

lo que dispongan los Estados miembros, en nombre o en apoyo de cualquier víctima, sin perjuicio de la normativa procesal nacional en materia de representación y defensa ante los tribunales.

- (21) Los Estados miembros deben fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales y, en el marco de las prácticas nacionales, con las organizaciones no gubernamentales, para estudiar las distintas formas de discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo y combatirlas.
- (22) Los Estados miembros deben establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 76/207/CEE.
- (23) Con arreglo al principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado, el objetivo de la acción propuesta no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puede lograrse mejor a nivel comunitario. De conformidad con el principio de proporcionalidad consagrado en el mencionado artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.
- (24) Procede, por lo tanto, modificar en consecuencia la Directiva 76/207/CEE.

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

### Artículo 1

La Directiva 76/207/CEE se modificará como sigue:

1) En el artículo 1 se insertará el apartado siguiente:-  
«1 bis. Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1.»

2) El artículo 2 se sustituirá por el texto siguiente:

«Artículo 2

1. A efectos de las disposiciones siguientes, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.
2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:
- "discriminación directa": la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo,

<sup>12</sup>. DO L 45 de 19.2.1975, p. 19.

<sup>13</sup>. Asunto C-185/97: Coote (Recopilación 1998, p. I-5199).

<sup>14</sup>. Asunto C-180/95: Draehmpaehl (Recopilación 1997, p. I-2195) y asunto C-271/91: Marshall (Recopilación 1993, p. I-4367).

## LEGISLACIÓN

- "discriminación indirecta": la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios,
  - "acoso": la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo,
  - "acoso sexual": la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.
3. El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán. El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte.
  4. Toda orden de discriminar a personas por razón de su sexo se considerará discriminación en el sentido de la presente Directiva.
  5. Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo.
  6. Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.
  7. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y la maternidad. La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que

hubiera podido tener derecho durante su ausencia. Un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE constituirá discriminación en el sentido de la presente Directiva. La presente Directiva no afectará a lo dispuesto en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES<sup>(15)</sup> y en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)<sup>(16)</sup>. La presente Directiva tampoco afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores - hombres y mujeres- del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

8. Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres.»

- 3) El artículo 3 se sustituirá por el texto siguiente:

## «Artículo 3

1. La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:
  - a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción;
  - b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica;
  - c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución de conformidad con lo establecido en la Directiva 75/117/CEE;

<sup>15</sup>. DO L 145 de 19.6.1996, p. 4.

<sup>16</sup>. DO L 348 de 28.11.1992, p. 1.

## LEGISLACIÓN

- d) la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.
2. Para ello, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que:
- a) se derogue cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa contraria al principio de igualdad de trato;
  - b) se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato que figure en contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales.».

4) Se suprimirán los artículos 4 y 5.

5) El artículo 6 se sustituirá por el texto siguiente:

«Artículo 6

1. Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales y/o administrativos, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.
2. Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al artículo 3, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo.
3. Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva.
4. Los apartados 1 y 3 se entenderán sin perjuicio de las normas nacionales en materia de plazos de interposición de recursos en relación con el principio de igualdad de trato.».

6) El artículo 7 se sustituirá por el texto siguiente:

«Artículo 7

Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.».

7) Se añadirán los artículos siguientes:

«Artículo 8 bis

1. Cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas, sin discriminación por razón de sexo, y adoptará en este sentido las disposiciones necesarias. Dichos organismos podrán formar parte de los órganos responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales.
2. Los Estados miembros velarán por que entre las competencias de estos organismos figuren las siguientes:
  - a) sin perjuicio del derecho de víctimas y asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas contempladas en el apartado 3 del artículo 6, prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación;
  - b) realizar estudios independientes sobre la discriminación;
  - c) publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación.

Artículo 8 ter

1. Los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato, mediante, entre otros, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas.
2. Siempre que ello sea coherente con sus tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros alentarán a los interlocutores sociales, sin perjuicio de su autonomía, a promover la igualdad entre hombres y mujeres y a celebrar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 1 que entren en el marco de la negociación colectiva. Dichos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las

## LEGISLACIÓN

correspondientes medidas nacionales de desarrollo.

3. Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios a que fomenten la igualdad de trato de mujeres y hombres en el lugar de trabajo de forma planificada y sistemática.

4. A tal fin, debería alentarse a los empresarios a presentar con una periodicidad regular adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de mujeres y hombres en la empresa.

Esta información podrá incluir estadísticas sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles de la organización así como posibles medidas para mejorar la situación, determinadas en cooperación con los representantes de los trabajadores.

#### Artículo 8 quater

Los Estados miembros fomentarán el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a las prácticas y a las legislaciones nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por razón de sexo con el fin de promover el principio de igualdad de trato.

#### Artículo 8 quinto

Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva, y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación.

Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las disposiciones adoptadas a más tardar el 5 de octubre de 2005 y comunicarán lo antes posible cualesquiera modificaciones ulteriores.

#### Artículo 8 sexto

1. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las establecidas en la presente Directiva.

2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma.»

#### Artículo 2

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 5 de octubre de 2005, o garantizarán que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan introducido las disposiciones requeridas

mediante acuerdos. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados que exige la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. En el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la presente Directiva, los Estados miembros transmitirán a la Comisión toda la información necesaria con el fin de que ésta pueda elaborar un informe, dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la presente Directiva.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros notificarán cada cuatro años a la Comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, así como la información sobre estas medidas y su aplicación. Basándose en esa información, la Comisión aprobará y publicará cada cuatro años un informe en el que se establezca una evaluación comparativa de dichas medidas a la luz de la Declaración nº 28 anexa al Acta final del Tratado de Amsterdam.

#### Artículo 3

La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

#### Artículo 4

Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

*Hecho en Bruselas, el 23 de septiembre de 2002.*

**COMENTARIO A LA DIRECTIVA 2002/73/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2002, QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 76/207/CEE DEL CONSEJO RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES, EN LO QUE SE REFIERE AL ACCESO AL EMPLEO, A LA FORMACIÓN Y A LA PROMOCIÓN PROFESIONALES, Y A LAS CONDICIONES DE TRABAJO.**

La Directiva 76/207/CEE extendía el denominado "principio de igualdad de trato" entre trabajadores de sexo masculino y femenino al acceso al empleo, la formación y promo-

## LEGISLACIÓN

ción profesional y las condiciones de trabajo. La Directiva 2002/73/CE supone una actualización y concreción de la bien conocida Directiva 76/207/CEE, tanto conceptual como en su objeto. Conceptual en cuanto contiene la definición de conceptos jurídicos hasta ahora abordados por la doctrina y la jurisprudencia como "discriminación directa", "discriminación indirecta", "acoso" o "acoso sexual"; en su objeto, por cuanto completa el proceso de concreción de la igualdad de trato en relación al sexo, de la misma forma que la Directiva 2000/43/CE lo había hecho respecto al origen racial o étnico.

Huelga incidir en la trascendencia de la Directiva aquí reseñada. En ella se abordan, expresa o implícitamente, los distintos aspectos vinculados a la discriminación por razón de sexo: el acoso, la restricción a un sexo de actividades profesionales, la condición biológica de la mujer durante y tras el embarazo, la infrarrepresentación de un sexo en determinados ámbitos profesionales, el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, la protección judicial de la discriminación directa e indirecta, las compensaciones indemnizatorias a causa de la discriminación, la legitimación procesal de asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas en nombre o en apoyo de cualquier víctima de discriminación por razón de sexo, el diálogo entre los interlocutores sociales y las organizaciones no gubernamentales para estudiar las distintas formas de discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo y combatirlas o el establecimiento de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Como se ve, una amplia gama de aspectos, no todos tratados con el mismo nivel de exigencia. Acaso sea innecesario indicar que entre la Directiva de 1976 y ésta de 2002 que la modifica se ha desarrollado una amplia y evolutiva jurisprudencia comunitaria (SSTJCE Defrenne II, Kalanke, Marshall, Badeck) sobre aspectos problemáticos como la "discriminación inversa", rechazada en Kalanke y aceptada en Marshall, a condición de que no tuviese carácter automático. Incluso, resulta conocido que el propio Derecho originario, específicamente el Tratado de Amsterdam, ha configurado un entendimiento comunitario de la igualdad de trato en las acciones positivas no sólo tienen cabida sino que resultan aconsejadas en determinadas circunstancias. Así, el art. 141.4 del TCE señala, como es sabido, que "el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales" y la Declaración sobre este precepto, adoptada por la Conferencia Intergubernamental de 1996 señala que "al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del art. 141 del TCE, los Estados deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral". Sin embargo, la referencia jurisprudencial y normativo-originaria no empece la importancia de esta Directiva, sino

todo lo contrario, en cuanto facilita la interpretación y aplicación del acervo comunitario por los Estados miembros.

Las aportaciones más trascendentes de la Directiva 2002/73/CE se refieren, a mi juicio, a la importancia de la actuación positiva en aras del objetivo de la igualdad; la distinción expresa y definición de la discriminación indirecta, junto a las formas directas de discriminación, y la definición y tratamiento del acoso por razón de sexo y el acoso sexual.

La Directiva 76/207/CEE contenía una consideración formal del "principio de igualdad de trato" como ausencia de toda discriminación por razón de sexo. Ahora se añade un párrafo 1 bis en el que, más allá de esta consideración pasiva, se alienta a los Estados miembros a tener en cuenta de manera activa el "objetivo de la igualdad" entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades en ese sentido. Se añade, por consiguiente, una obligación positiva de promover la igualdad, con el referente en el Derecho originario del art. 3.2 del Tratado y la estructura advertida en las Constituciones nacionales de algunos Estados miembros como Italia o España. Sin duda, favorece la inserción de las acciones positivas en el marco comunitario para, en el sentido del 141.4 del Tratado, mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas que faciliten a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales.

Este reconocimiento normativo de la acción positiva para alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres determina que en la referencia a otros aspectos específicos del fenómeno discriminatorio se añada una fórmula según la cual los Estados miembros "podrán mantener o adoptar las medidas" para garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres (art. 2.8). El uso potencial del futuro implica que no obliga a adoptar esas medidas sino que simplemente las permite, justifica su adopción, a diferencia de lo que ocurre respecto a la igualdad de trato, en cuyo caso, los Estados miembros "adoptarán" las medidas necesarias para garantizarlo.

También aporta esta Directiva la distinción normativa y la definición de discriminación directa e indirecta. La discriminación directa es la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo. Pero no sólo se ocupa la Directiva de esta forma de discriminación sino que, a diferencia de la Directiva 76/207/CEE que no se detenía en estos conceptos aunque los mencionaba en su art. 2, define expresamente la denominada discriminación indirecta como "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo". Los criterios a los que se refiere la Directiva para considerar la inexistencia de discriminación son los ahormados en la práctica jurisprudencial

## LEGISLACIÓN

que se había ocupado reiteradamente de esta figura a partir de la STJCE Gisela Rummler e incluso en la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en materia de igualdad de retribución y trato entre hombres y mujeres: justificación objetiva con un punto de conexión teleológico y medios adecuados y necesarios para alcanzar esa finalidad. Supone, sin duda, afianzar los mecanismos de protección en la prueba de la existencia de discriminación con la modificación de la carga de la prueba y la incorporación de la prueba estadística.

El tercer elemento trascendente de la Directiva, éste absolutamente novedoso, es el tratamiento específico del acoso como una forma de discriminación por razón de sexo. Es definido de forma precisa. Se distingue el acoso ("situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo") y el acoso sexual ("situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo"). Como es obvio, se prohíben ambos, el acoso y el acoso sexual, al considerarse discriminación por razón de sexo, pero, además, se destaca su componente activo en cuanto los Estados miembros "alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo".

Para hacer efectivos los objetivos de esta Directiva se detiene, más allá de las cuestiones sustantivas de carácter principal, en distintos aspectos procedimentales y de legitimación. Así, indica que los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva (6.1), con la obligación de introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales las "medidas jurídicas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona" (6.2). Respecto a la legitimación deben destacarse dos cuestiones que, sin duda, favorecen la persecución judicial de la discriminación por razón de sexo en el mercado de trabajo. En primer lugar, la legitimación activa se amplía a asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva para iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo (6.3). Además, en segundo lugar, se protege de manera específica al trabajador y a su representante "contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como

reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento de igualdad de trato". Idéntica protección alcanza al trabajador que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la presente Directiva.

El último aspecto que nos parece necesario reseñar es la importancia que esta Directiva brinda a las instituciones u organismos que tienen como objetivo la lucha contra la discriminación por razón de sexo y la promoción de la igualdad como un medio más para que ésta sea real y efectiva. Así, prevé la creación de organismos responsables de la promoción de la igualdad con las funciones de atención a las víctimas de discriminación, realización de estudios independientes sobre la discriminación o publicaciones de informes y formulación de recomendaciones (8 bis) y destaca la importancia del diálogo social entre todos los sectores afectados que permita un conocimiento preciso de la situación real de hombres y mujeres en el mercado de trabajo y en la vida social y la adopción de medidas que promuevan una efectiva, y no sólo formal, igualdad de trato (8 ter y 8 quater).

La consecuencia de esta pretensión de efectividad en las medidas dirigidas a alcanzar una igualdad de trato entre hombres y mujeres es la especial atención al régimen sancionador. La Directiva exige a los Estados miembros que comuniquen a la Comisión, en el plazo de transposición de la Directiva (hasta el 5 de octubre de 2005) el régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la Directiva, así como cualesquiera modificaciones ulteriores que se produzcan.

La Directiva no se adentra en aspectos de la igualdad de trato entre hombres y mujeres que han sido adecuadamente tratadas en otras anteriores y forman parte del acervo comunitario. Así ocurre con las disposiciones relativas a la protección de la mujer trabajadora que se encuentre embarazada, haya dado a luz o esté en periodo de lactancia contenidas en las Directiva 92/85/CEE o 89/391/CEE o en el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, el concepto de "trabajo de igual valor" incluido en el art. 141 por el Tratado de Amsterdam y contenido en la pionera Directiva 75/117/CEE. En todo caso, la interpretación de la discriminación contenida en la presente Directiva resulta aplicable también a la aplicación de los supuestos antes mencionados.

En conclusión, estamos ante un conjunto de normas importantes en el largo y arduo camino por alcanzar una efectiva igualdad de trato entre hombres y mujeres en el plano laboral. La prohibición de discriminación indirecta profundiza en el aspecto formal de la igualdad de trato. Por su parte, la incorporación del objetivo de igualdad "de manera activa" que hace el art. 1 bis no obliga a adoptar todas las medidas que garanticen una igualdad efectiva de oportunidades en cuanto se utiliza la cláusula "podrán adoptar", sino que, por

## LEGISLACIÓN

un lado, supone un nítido respaldo a las medidas de acción positiva que puedan desarrollar los Estados miembros en la línea marcada por el art. 119.4 del TCE, esto es, por el Derecho originario y, por otro, deberán cumplir de una u otra forma una obligación positiva en relación con la igualdad pues impone un entendimiento activo de ésta. Parece pertinente reiterar que estas medidas de acción positiva de carácter unilateral en favor de la mujer son el instrumento

para quebrar la concurrencia en la práctica de la igualdad formal y la desigualdad real de hombres y mujeres en el mercado de trabajo. Con esta nueva Directiva, adoptada en el nuevo marco diseñado por la STJCE Marshall y el Tratado de Amsterdam, resultan respaldadas en sus diversas formas. (JOSE ANTONIO MONTILLA MARTOS, PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA).

## LEY FORAL 22/2002, DE 2 DE JULIO, PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS INTEGRALES CONTRA LA VIOLENCIA SEXISTA<sup>17</sup>

EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO DE NAVARRA

Hago saber que el Parlamento de Navarra ha aprobado la siguiente

**Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista**

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La violencia sexista, incluida la que tiene lugar en el hogar y en las relaciones de pareja, es un problema público que se ha de abordar desde la implicación de toda la sociedad y con todos los recursos que la puedan prevenir y evitar. Con este propósito, además de las respuestas legales que ya existen y de los medios que la Administración pone al alcance de las personas que son o pueden ser víctimas de la violencia sexista, se pretende la ampliación y adecuación de las mismas con una serie de medidas jurídicas, así como la adopción de actuaciones preventivas en el ámbito educativo, formativo, informativo, de sensibilización social, socio-sanitario y laboral. Las medidas en favor de las víctimas se establecen con independencia del ejercicio de acciones penales por parte de ésta. Se pretende evitar situaciones de violencia sexista y, si se dieran, proteger a las personas agredidas y a quienes, dependientes de la persona agresora o de la agredida, pueden sufrir sus consecuencias.

Los organismos internacionales competentes en esta materia, como la Organización de las Naciones Unidas o la Organización Mundial de la Salud, han denunciado este problema y han instado a las autoridades a la puesta en práctica de medidas que la eviten. Así, la Organización de las Naciones Unidas, en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en septiembre de 1995, analizó especialmente la violencia ejercida contra las mujeres, que fue calificada como un obstáculo para conseguir los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, al tiempo que un impedi-

mento del ejercicio de los derechos humanos y de las libertades individuales.

Los estereotipos sociales de género han producido, tradicionalmente, una jerarquía entre hombres y mujeres y la minusvaloración de las capacidades y valores femeninos ha causado unos prejuicios e ideas que han provocado grandes desequilibrios y desigualdades sociales. La violencia de género es la demostración extrema de la misoginia y de la injusticia social hacia las mujeres. Este tipo de violencia no tiene límites ni fronteras, no conoce de clases sociales ni de niveles educativos, ya que tanto la parte agresora como la agredida pueden pertenecer a niveles educativos altos o bajos y a todo tipo de estratos sociales, tal y como confirman las numerosas estadísticas realizadas estos últimos años. Erradicar la violencia sexista debe implicar al conjunto de la sociedad y a todas las instituciones políticas y judiciales, generando el rechazo a este tipo de conductas entre la ciudadanía.

### CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

#### Artículo 1. Objeto.

Constituye el objeto de esta Ley Foral la adopción de medidas integrales para la sensibilización, prevención y erradicación de la violencia sexista, así como la protección y asistencia a las víctimas de agresiones físicas y psicológicas. A estos efectos se entiende por violencia sexista o de género todo acto de violencia o agresión, basado en la superioridad de un sexo sobre otro, que tenga o pueda tener como consecuencia daño físico, sexual o psicológico, incluida la amenaza de tales actos y la coacción o privación arbitraria de libertad, tanto si ocurren en público como en la vida familiar o privada.

#### Artículo 2. Ámbito de aplicación.

Las medidas contempladas en la presente Ley Foral serán

<sup>17</sup>. Publicada en el Boletín Oficial de Navarra núm. 84, de 12 de julio de 2002 y en el Boletín Oficial del Estado núm. 199, de 20 de agosto de 2002.

## LEGISLACIÓN

de aplicación a toda persona que, dentro de la Comunidad Foral de Navarra, sea víctima de cualquier tipo de violencia de género.

CAPÍTULO II  
MEDIDAS DE SENSIBILIZACIÓN

**Artículo 3. Investigación y planes de actuación.**

1. La Administración de la Comunidad Foral realizará e impulsará estudios y trabajos de investigación sobre las causas, características y consecuencias de la violencia sexista, así como sobre la evaluación de la eficacia de las medidas aplicadas para su prevención y erradicación.
2. Las investigaciones y planes integrales de acción que se realicen deberán ser objeto de la suficiente difusión pública y, de manera especial, se pondrán en conocimiento de profesionales, organismos e instituciones relacionados con la materia en los ámbitos social, jurídico, educativo, sanitario, policial y judicial.
3. El Gobierno de Navarra remitirá, para su debate y aprobación por el Parlamento, planes integrales de acción de carácter plurianual destinados a combatir la violencia sexista y mejorar la atención a las víctimas.

**Artículo 4. Información y sensibilización social.**

1. Las Administraciones Públicas de Navarra realizarán campañas de sensibilización sobre la violencia de género y en favor de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. A este efecto, utilizarán cuantos medios sean precisos para que el conjunto de la población y especialmente las mujeres dispongan de la información suficiente sobre los derechos que les asisten y los recursos existentes, prestando especial atención a mujeres del ámbito rural, inmigrantes, con discapacidades y aquellas otras pertenecientes a colectivos o ámbitos donde el nivel de desprotección pueda ser mayor.
2. El Gobierno de Navarra garantizará que los medios de comunicación públicos o subvencionados con recursos públicos no emitan en su programación imágenes o contenidos vejatorios que pudieran incitar al ejercicio de la violencia.

**Artículo 5. Medidas en el ámbito educativo.**

1. La Administración educativa impulsará la realización de actividades dirigidas a la comunidad escolar para la prevención de comportamientos y actitudes de violencia física y psíquica, destinadas a profundizar en las estrategias para el análisis y resolución de los conflictos, así como en el aprendizaje de la convivencia basada en el respeto a todas las personas.
2. En el ámbito educativo, y al objeto de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, el Gobierno de Navarra, en el plazo de un año, llevará a cabo la revisión y, en su caso, adaptación en todos los niveles educativos de los conteni-

dos, procedimientos, actitudes y valores que conforman el currículum educativo desde una perspectiva de género.

3. En la revisión de los materiales educativos se velará especialmente por la exclusión de aquellos que vulneren el principio de igualdad por recoger referencias o ideas que fomenten un desigual valor de hombres y mujeres.
4. En los programas de formación de profesionales de la educación se incluirá como materia específica la de la violencia de género.

**Artículo 6. Directrices en planes y proyectos educativos.**

1. La Administración educativa llevará a cabo un asesoramiento específico en materia de coeducación que sirva de soporte tanto a la labor orientadora de los centros educativos como a los centros de apoyo al profesorado.
2. Los planes de acción tutorial de todos los niveles educativos incluirán apartados específicos destinados a reflexionar sobre los modelos masculino y femenino, así como una orientación de estudios y profesiones basada en las aptitudes y capacidades de las personas y no en la pertenencia a uno u otro sexo.
3. Los modelos de proyectos educativos de Centro que elabore la Administración educativa integrarán en sus determinaciones pautas de conducta que fomenten el desarrollo de actitudes de respeto al cuerpo de todas las personas, autoestima, seguridad personal y capacitación para la práctica de relaciones humanas basadas en el respeto y la no violencia.
4. La Administración educativa promoverá la elaboración de proyectos específicos coeducativos en todos los centros educativos, que garanticen y fomenten las actitudes, valores y capacidades que contribuyan a un auténtico desarrollo integral de las personas.

**Artículo 7. Formación de profesionales.**

La Administración de la Comunidad Foral pondrá en marcha programas de formación a los que pondrán acceder todo el personal de entidades públicas y privadas relacionado con la prevención y erradicación de la violencia sexista, así como con la protección y asistencia a las víctimas de la misma.

**Artículo 8. Apoyo al movimiento asociativo y a las manifestaciones culturales y artísticas.**

1. La Administración de la Comunidad Foral establecerá un plan específico de ayudas económicas en favor de aquellas asociaciones que lleven a cabo actividades de sensibilización, prevención y erradicación de la violencia sexista.
2. El Gobierno de Navarra impulsará aquellas manifestaciones culturales y artísticas que propongan estrategias de sensibilización social en la prevención y eliminación de la violencia contra las mujeres.

## LEGISLACIÓN

CAPÍTULO III  
MEDIDAS DE PREVENCIÓN**Artículo 9. Especialización de los Cuerpos de Policía de Navarra.**

El Gobierno de Navarra y las entidades locales que cuenten con Cuerpos de Policía dotarán a éstos de la formación y los recursos necesarios a fin de conseguir la máxima eficacia en la prevención de la violencia de género y en el control de las medidas judiciales que se hubiesen adoptado para la protección de las víctimas pudiendo crearse, a este objeto, unidades especializadas en dicho ámbito.

**Artículo 10. Atención e información permanentes.**

La Administración de la Comunidad Foral establecerá un servicio permanente de información, asistencia y asesoramiento. Dicho servicio incorporará un sistema de control personal a distancia mediante la utilización de dispositivos electrónicos de tecnología avanzada que permita la inmediata localización y auxilio de las víctimas de violencia.

**Artículo 11. Puntos de encuentro.**

El Departamento u Organismo competente en materia de igualdad de oportunidades de la mujer facilitará lugares o Puntos de Encuentro, en los que llevar a cabo las visitas de padres y madres a menores en los casos de nulidad, separación y divorcio con antecedentes de violencia en la pareja. Dichos Puntos de Encuentro serán atendidos por el personal especializado que emitirá los informes que procedan a la autoridad judicial.

CAPÍTULO IV  
PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS**Artículo 12. Medidas de asesoramiento y asistencia jurídica.**

1. El asesoramiento y asistencia jurídica a las personas víctimas de maltrato o agresión sexual se llevará a cabo mediante un servicio de atención jurídica, que se prestará en régimen de guardia permanente localizada.
2. La asistencia comprenderá, como mínimo, la orientación y el acompañamiento de las víctimas a cuantas instancias o actuaciones sean necesarias, tales como servicios sanitarios, dependencias policiales, judiciales y centros de acogida.
3. La entidad responsable de este servicio realizará las actuaciones precisas para una adecuada difusión de la existencia del mismo y de su contenido.

**Artículo 13. Servicio de urgencia.**

El Servicio de urgencia prestará asistencia de emergencia a las mujeres víctimas de malos tratos y menores a su cargo durante las 24 horas del día, a través de un teléfono único para toda Navarra.

Dicho Servicio pondrá en marcha los diversos recursos de atención, apoyo y acogida que se precisen según las cir-

cunstancias del caso concreto, facilitando de manera inmediata protección y ayuda a las víctimas.

**Artículo 14. Atención sanitaria.**

1. La Administración de la Comunidad Foral procederá a la elaboración y difusión de un Protocolo que contemple pautas uniformes de actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como privado, así como los procedimientos de coordinación con las distintas instancias que intervienen de manera específica en la atención a las víctimas de violencia sexista. El protocolo referido en el párrafo anterior se utilizará en la totalidad de centros y servicios del sistema sanitario e incorporará de manera específica cuantos criterios técnico-sanitarios permitan al personal sanitario realizar las actividades de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a maltrato o en riesgo de padecerlo.
2. El Protocolo incorporará un modelo de informe en el que se reflejarán las actuaciones seguidas en el ámbito sanitario y la derivación de la mujer a los servicios sociales específicos que procedan.
3. En aquellos casos en que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por agresiones o malos tratos, el informe será remitido al Juzgado de Guardia y a la Fiscalía.

**Artículo 15. Atención psicológica.**

Se reconoce el derecho a la asistencia psicológica gratuita a las mujeres víctimas de actos violentos y agresiones sexuales que comprenderá la atención inicial y seguimiento durante todo el proceso terapéutico.

Dicha asistencia se prestará igualmente a los menores que hayan vivido o padecido situaciones de violencia.

**Artículo 16. Acceso a la vivienda.**

Las mujeres víctimas de violencia sexista que abandonen las casas de acogida una vez transcurrido el período de estancia en las mismas, tendrán derecho a ayudas económicas que les garanticen un alojamiento provisional gratuito cuando así lo precisen por su situación socio-laboral. La cuantía y el procedimiento de concesión de estas ayudas se establecerán reglamentariamente.

**Artículo 17. Integración socio-laboral.**

1. El Gobierno de Navarra establecerá un régimen de subvenciones a empresas o entidades que contraten a mujeres víctimas de violencia sexista y a ellas mismas en los casos en los que decidan constituirse como trabajadoras autónomas.
2. Igualmente, se incluirá a este colectivo, con carácter preferente y específico, en los programas de formación e inserción socio-laboral que desarrolle la Comunidad Foral de Navarra, para lo cual deberán inscribirse en los registros del Servicio Navarro de Empleo.

## LEGISLACIÓN

3. El Servicio Navarro de Empleo dará prioridad a la colocación de este colectivo en las listas de demanda de empleo.
4. Las actuaciones contempladas en los apartados anteriores se aplicarán prioritariamente a aquellas mujeres que se encuentren o hayan pasado por casas de acogida y en los dos años posteriores a la salida de las mismas.

CAPÍTULO V  
PRESTACIONES ECONÓMICAS

**Artículo 18. Renta básica.**

El Gobierno de Navarra establecerá un procedimiento abreviado para la tramitación, concesión y abono de la renta básica de las mujeres víctimas de la violencia sexista que cumplan los requisitos legales para su percepción. A este efecto, el reconocimiento del derecho a la prestación y su abono efectivo se efectuará en el plazo máximo de un mes desde la solicitud formulada por la interesada ante los servicios sociales correspondientes.

**Artículo 19. Ayudas de emergencia.**

1. Los Servicios sociales gestionarán directamente una partida económica específica destinada a ayudas de emergencia, cuya finalidad será la de hacer frente de una manera inmediata a situaciones de emergencia social en que puedan encontrarse aquellas mujeres que, careciendo de medios económicos, hayan sido víctimas de violencia sexista o requieran dicha ayuda según el criterio profesional del personal que las atienda en los Centros de Atención a la Mujer, casas de acogida y centros o servicios de urgencia.
2. Reglamentariamente se establecerán los tipos y cuantías de dichas ayudas, así como su régimen de gestión.

**Artículo 20. Ayudas escolares.**

La Administración educativa valorará como factor cualificado el de la violencia en el entorno familiar, en la regulación y establecimiento de las ayudas que se destinen a familias con escasos recursos económicos, especialmente en materia de gastos escolares, de comedor y actividades extraescolares.

**Artículo 21. Ayudas por lesiones corporales o daños físicos o psíquicos.**

1. Las mujeres que, como consecuencia de actos de violencia sexista, sufran lesiones corporales o daños a la salud física o psíquica, de carácter grave, tendrán derecho, en las condiciones y con los requisitos que reglamentariamente se establezcan, a la percepción, en pago único, de una cuantía económica que será compatible con las indemnizaciones que se establezcan en sentencia judicial u otras prestaciones económicas que legalmente pudieran corresponderles.

2. En la determinación de las ayudas se tendrá en cuenta, de manera especial, la situación socioeconómica de la víctima.

**Disposición adicional primera. Acuerdos Interinstitucionales y Protocolos de Actuación.**

1. El Gobierno de Navarra impulsará la formalización de Acuerdos Interinstitucionales de coordinación entre las diversas instancias y Administraciones Públicas con competencias en la materia objeto de esta Ley Foral, que sirvan de cauce de actuación y colaboración para conseguir una asistencia integral y coordinada de las víctimas de violencia sexista en los ámbitos policial, sanitario, social y judicial.
2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la Administración de la Comunidad Foral, en su ámbito interno, formalizará los Protocolos interdepartamentales necesarios para la prevención y erradicación de la violencia sexista.

**Disposición adicional segunda. Seguimiento e información de actuaciones.**

El Gobierno de Navarra remitirá al Parlamento, con carácter anual, un informe en el que preceptivamente se contenga:

- a) Los recursos humanos, asistenciales y económicos destinados por la Administración Foral a la prevención de la violencia sexista y a la protección de las mujeres víctimas de la misma.
- b) Información sobre el número de denuncias presentadas.
- c) Las actuaciones desarrolladas por la Administración Foral para dar asistencia a las mujeres víctimas de la violencia sexista.
- d) Las propuestas de medidas jurídicas, tanto procesales como sustantivas, que se hayan realizado a las diversas instancias u organismos con competencia en la materia, dirigidas a la puesta en marcha de instrumentos legales y administrativos más idóneos para resolver las deficiencias actualmente existentes en este ámbito, al objeto de permitir una respuesta más ágil y adecuada al problema de la violencia sexista.
- e) Los procedimientos penales iniciados sobre violencia sexista, con indicación de su número, clase de procedimiento penal, el delito o falta imputado y la intervención de la Administración Foral en dichos procedimientos, manteniendo el anonimato para respetar la intimidad de las personas afectadas.
- f) Las actuaciones llevadas a cabo para la readaptación de las personas agresoras.

**Disposición adicional tercera. Plan integral para la erradicación de la violencia sexista.**

1. El Gobierno de Navarra aprobará y remitirá al Parlamento, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley Foral, un Plan integral para la erradicación de la violencia sexista. Dicho Plan contendrá, como

## LEGISLACIÓN

mínimo, el marco temporal al que deba aplicarse, los objetivos perseguidos y las medidas a adoptar en los distintos ámbitos de la acción pública, así como los medios económicos previstos para su ejecución.

2. El Plan será sometido previamente al trámite de información pública, por plazo mínimo de un mes, al objeto de posibilitar que profesionales, agentes sociales, grupos de

mujeres y, en general, cuantas personas tengan interés en la prevención y erradicación de la violencia de género, realicen las aportaciones y sugerencias que estimen oportunas.

**Disposición final.**

Esta Ley Foral entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial de Navarra».

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 185/2002, DE 14 DE OCTUBRE. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN NO PUEDE AMPARAR LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE UNA VÍCTIMA DE UN DELITO DE VIOLACIÓN

TEXTO DE LA SENTENCIA<sup>18</sup>

STC 185/2002. SALA SEGUNDA  
PONENTE: D. TOMÁS S. VIVES ANTÓN

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. 1585-2000, interpuesto por la entidad Cantábrico de Prensa, S.A., representada por la Procuradora doña María Jesús Sanz Peña, con la asistencia de la Letrada doña María Ángeles Díaz Colsa, contra las Sentencias a) de 21 de febrero de 2000, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 1620/95; b) de 19 de enero de 1995, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander, en el rollo de Sala núm. 166/1993; y c) de 12 de junio de 1992, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de los de Santander, en juicio especial de protección de derechos fundamentales núm. 543/90. Han intervenido el Ministerio Fiscal y quien fuera actora en el proceso civil precedente, que ha actuado representada por el Procurador don Ignacio Argos Linares y el Letrado don Javier Elorza del Campo. Ha sido Ponente el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada en el Registro General de este Tribunal el 17 de marzo de 2000, la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Sanz Peña, en nombre y representación de Cantábrico de Prensa, S.A., interpuso recurso de amparo contra las Sentencias reseñadas en el encabezamiento, en su calidad de demandada como empresa editora del diario "Alerta", a la que se condenó por supuesta violación del derecho a la intimidad.
2. La solicitud de amparo se basa en los antecedentes fácticos que a continuación se extractan sucintamente:
  - a) El día 1 de octubre de 1990 un joven fue detenido en Santander como presunto autor de una agresión sexual. La agresión se había producido en la madrugada del día 29 de septiembre anterior en el portal del domicilio de la víctima cuando ésta regresaba a su casa. La detención

fue hecha pública por el Gabinete de Prensa de la Comisaría Provincial de Policía Nacional de Santander mediante una nota informativa que daba cuenta de haber sido detenido Jesús María P.M. tras ser reconocido por la víctima, que coincidió con él en una cafetería. La información policial decía, literalmente, que la agresión se había cometido "sobre las cinco horas del día 29 de septiembre pasado en un portal de la calle San Fernando, en la persona de una joven de 18 años de edad, cuando la misma se encontraba abriendo la puerta del domicilio, el citado individuo, esgrimiendo una navaja la intimidó, logrando tener acceso carnal, en las proximidades de la escalera".

- b) En el periódico "Alerta" del 6 de octubre de 1990 se publicó un reportaje sobre estos hechos bajo el titular: "Encarcelado un 'violador' que asegura tener pruebas de su completa inocencia". Dicho reportaje, en su entrada, relataba que el día anterior el Juez de Instrucción encargado del caso había decretado la prisión incondicional de un joven como presunto autor de la agresión sexual, añadiendo seguidamente: "la complicación del caso ha vuelto a poner de relieve el dilema de muchos procesos por violación, donde, a falta de pruebas objetivas, queda la palabra de la víctima contra la protesta del acusado. ¿Es este un violador con coartada o un inocente atrapado en un drama kafkiano?". En el cuerpo de la información, atribuida a J.L.F. (que resultó ser el redactor don Juan Luis Fernández Vega), se exponía un relato de los hechos sometidos a investigación judicial tal y como constaban en el sumario, al que, según se decía, el periódico había tenido acceso. En dicho minucioso relato se indicaba el número del portal de la calle donde residía la víctima, se la identificaba por su nombre completo y las iniciales de sus dos apellidos, y al describir minuciosamente el desarrollo de la agresión sufrida se decía lo siguiente: "Después le quitó a la chica los pantalones y la desnudó por completo, a excepción del jersey con que le tapaba la cabeza. Le puso la navaja al cuello: 'Si te quitas el jersey, te mato'. Entonces la penetró. Ella, que era virgen, le suplicó que la dejase, que le estaba haciendo mucho daño. Él respondió que se callara y volvió a penetrarla. Luego, la abandonó, tumbada y semiconsciente en el suelo y huyó". Junto al minucioso relato de la agresión sexual y de las circunstancias en las que la víctima reconoció al supuesto agresor, bajo el título "Oscuridades", se relataron otros pormenores del caso relativos a la coartada ofrecida por el detenido, diversas diligencias probatorias pedidas por su Letrado defensor, sus antecedentes delictivos, y cómo la defensa hacía hincapié en las sucesivas modificaciones del testimonio de la víctima sobre la descripción del autor.
- c) El día siguiente, domingo 7 de octubre, se publica una nueva información que recoge las respuestas del detenido a un cuestionario formulado por el medio de comunicación. En la misma página, en una

<sup>18</sup> El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico.

columna aparte, bajo el título "Dos dramas" y con la firma de don Juan Luis Fernández, se publicó una reflexión general sobre la dificultad objetiva de tomar una decisión judicial sobre la culpabilidad de un acusado cuando la única prueba de que se dispone para resolver es el testimonio inculpatario de la víctima que es desmentido por el supuesto autor de los hechos.

- d) La representación procesal de la joven que sufrió la agresión promovió contra la sociedad recurrente en amparo, el director de la publicación y los dos reporteros que aparecían en la información reseñada juicio núm. 543/90 de protección de derechos fundamentales (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y Ley 62/1978, de 26 de diciembre), solicitando que se declarara que habían cometido una intromisión ilegítima en su intimidad, por lo que debían ser condenados solidariamente a indemnizarle en la cantidad de veinticinco millones de pesetas, a abstenerse de cometer más intromisiones y a la publicación de la Sentencia en las partes que eligiera la actora en el mismo lugar y con los mismos titulares que la información reseñada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santander estimó parcialmente la demanda en Sentencia de fecha 12 de junio de 1992, que fue parcialmente revocada en apelación por Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander de 19 de enero de 1995, que, además de absolver a uno de los demandados (el redactor gráfico de la información), redujo a un millón y medio de pesetas la indemnización de seis millones fijada en primera instancia.
- e) Recurrida en casación por ambas partes la condena, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 21 de febrero de 2000, declaró haber lugar parcialmente al recurso de casación presentado por la joven agredida y, manteniendo el resto de pronunciamientos, elevó de nuevo la cantidad fijada como indemnización en su favor a la cuantía de seis millones de pesetas, tal y como se había determinado en la instancia.
3. Según la demanda de amparo la adecuada resolución de la pretensión ejercida por quien fue actora en el proceso civil precedente exigía realizar un examen en conjunto de la información facilitada, pues se trataba de un complejo reportaje, publicado en dos días, que constaba de cuatro apartados claramente delimitados y que tenía como antecedente la nota informativa emitida por la Comisaría provincial de Policía y las informaciones sobre los hechos reproducidas por otros medios de comunicación regionales. Se aduce por la recurrente que la noticia no era la agresión sexual en sí misma, sino el hecho de haber sido reconocido un joven como supuesto autor de los hechos. Por ello la víctima era el sujeto activo de la noticia en su cualidad de denunciante. Añade la recurrente que de los datos que han dado lugar a la condena en el proceso judicial previo "únicamente no habían sido difundidos con anterioridad el nombre de pila y las iniciales de la denunciante y el número de la calle" donde vivía, pues la circunstancia relativa a la virginidad de la joven, no sólo constaba en el sumario, sino que había sido publicada dos días antes por otro periódico regional cántabro. Con cita de las SSTC 21/2000, 136/1999 y 154/1999 considera que la información facilitada no ha atentado contra la intimidad de la joven agredida, porque contribuye a la formación de una opinión pública libre, al tratarse de una información veraz y de interés público, pues versa sobre un procedimiento judicial en curso en el que se enfrentaban dos distintas versiones sobre los hechos. Añade que el proceso penal finalizó con un pronunciamiento

judicial absolutorio para la persona denunciada, por lo que en todo caso el derecho a la libertad de información debe prevalecer sobre la pretensión de protección de la intimidad. Por estas razones solicita que se declare la nulidad de las resoluciones impugnadas, dictadas en las diversas instancias, reconociendo a la sociedad recurrente su derecho a comunicar información veraz.

4. Mediante providencia de 10 de octubre de 2000 la Sala Segunda acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, en consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica de este Tribunal, dirigió comunicación a los órganos judiciales que actuaron en la vía previa para que remitieran certificación adverbada de las actuaciones y emplazaran a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la sociedad recurrente en amparo, a fin de que en el término de diez días pudieran comparecer en este proceso y formular las alegaciones que tuvieran por oportunas. Por providencia de la misma fecha, acordó tramitar el incidente sobre suspensión, de conformidad con lo previsto por el art. 56 LOTC. Tras las alegaciones de las partes la Sala dictó Auto, el 26 de febrero de 2001, por el que suspendió parcialmente la ejecución de las resoluciones impugnadas, solamente en lo relativo a la condena a publicar en el diario "Alerta", con la misma tipografía y relevancia, los pasajes de la Sentencia que determinase la actora.
5. El 13 de diciembre de 2001 la Sala acordó dar vista de las actuaciones recibidas, por plazo común de veinte días, a la sociedad recurrente, a quien fue actora en el proceso civil previo, que se había personado en tiempo y forma en este proceso de amparo, y al Ministerio Fiscal para que, de conformidad con el art. 52.1 LOTC, y dentro de dicho término, presentaran las alegaciones pertinentes.
6. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 11 de enero de 2002 la representación de la recurrente dio por reproducidas las alegaciones formuladas en la demanda, con cita expresa de la STEDH de 29 de marzo de 2001, caso Thoma contra Luxemburgo. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 11 de enero de 2002, el Procurador Sr. Argos-Linares dio por reproducido un escrito de alegaciones que había presentado el 16 de febrero de 2001, en el que solicitaba la desestimación íntegra del recurso de amparo por las mismas razones esgrimidas por la Sala Primera del Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación, pues los extremos de la información que denunció como lesivos de la intimidad de su representada carecían de cualquier interés general, ya que, si lo tenía el hecho de la violación, no lo tiene la identidad de la víctima, la cual no había sido desvelada antes de la información publicada en el diario "Alerta", ni por la nota policial, ni por las informaciones recogidas en otros medios de comunicación.
7. Las alegaciones del Ministerio Fiscal tuvieron entrada en el Registro de este Tribunal el día 17 de enero de 2002. En ellas, tras resumir los antecedentes y fundamentos de la demanda de amparo, considera que la cuestión sometida a debate en este proceso no es nueva en la jurisprudencia del Tribunal, pues se refiere a una supuesta colisión entre el derecho de la recurrente a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.d CE) y el derecho a la intimidad de la joven aludida en la información cuestionada (art. 18.1 CE). Para el Fiscal la aplicación al caso de la doctrina resumida en la STC 115/2000 "conduce inevitablemente a calificar como intromisión en la intimidad ... la publicación de los trabajos periodísticos en cuestión, ... pues publicar en un periódico que una persona concreta y determinada ha sido víctima de un delito de viola-

ción y que la misma es virgen, es comunicar a sus lectores hechos que pertenecen tan estrechamente a la intimidad de la persona que, incluso, el legislador condiciona ... [su] persecución procesal ... a la voluntad de la persona ofendida". Tras admitir que es de interés general la publicación de noticias relacionadas con la comisión de un grave delito como el que dio lugar a los hechos enjuiciados, advierte que carece sin embargo de relevancia a los fines de la información incluir datos como la edad de la joven, su virginidad, su nombre completo, así como el número de la calle donde vive la víctima. Por todo ello solicita que se desestime la pretensión de amparo formulada.

8. Por providencia de 10 de octubre de 2002 se señaló, para deliberación y votación de la presente Sentencia, el día 14 del mismo mes y año.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugnan en este proceso de amparo tres Sentencias civiles, dictadas en aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por las que se condena en una, y se ratifica la condena en las otras dos, a la sociedad editora del diario "Alerta" al pago de una indemnización resarcitoria en favor de una joven cuya intimidad se ha declarado vulnerada por la revelación, en dos reportajes publicados en dicho periódico, de su identidad y de ciertos aspectos de su vida privada relacionados con una agresión sexual de que fue objeto. Tal y como se ha expuesto en los antecedentes, la sociedad recurrente editora del diario considera en su demanda que las resoluciones judiciales impugnadas han desconocido y, con ello, han vulnerado su derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) CE]. En su argumentación la sociedad recurrente considera que los órganos judiciales que intervinieron en el proceso judicial previo debieron haber acogido su alegato, según el cual la noticia periodística considerada como la intromisión ilegítima a que se refiere el art. 7, apartados 3 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982, habría sido redactada y publicada, sin embargo, en el legítimo ejercicio de la libertad de información. A tal efecto en la demanda se aduce —en síntesis— que los órganos judiciales no valoraron en conjunto la información publicada, no tuvieron presente el contexto en el que lo fue ni ponderaron el "interés público" al que tal información respondía, todo lo cual habría redundado en efectivo menoscabo del derecho fundamental alegado. El Ministerio Fiscal y la representación procesal de la joven cuya intimidad se declaró lesionada consideran, sin embargo, que los aspectos cuestionados de la crónica periodística analizada no son ejercicio legítimo del derecho a comunicar libremente información veraz, pues, refiriéndose indudablemente a datos íntimos de la denunciante sobre los que puede pretender reserva, carecen de interés público y eran totalmente irrelevantes para dar cuenta a la sociedad del hecho delictivo acaecido y las circunstancias de su investigación judicial.

2. Se plantea así, una vez más, ante esta jurisdicción constitucional una controversia sobre la delimitación concreta, en aplicación de la citada Ley Orgánica 1/1982, del contenido de los derechos que enuncian los arts. 18.1 y 20.1 d) de la Constitución, delimitación que, en abstracto, como este Tribunal señaló en la STC 20/1992, de 14 de febrero, la propia norma fundamental se ha cuidado de preservar en el núm. 4 de este último precepto al señalar que las libertades de expresión e información "tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el

derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia". Coincidimos con la apreciación de las partes en litigio, de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal, en que los derechos fundamentales concernidos en el presente caso son el derecho a comunicar libremente información veraz del medio periodístico y el derecho a la intimidad de la mujer agredida sexualmente. Nuestro juicio en estos casos no se limita a un examen externo del modo en que han valorado los órganos judiciales la concurrencia de los derechos señalados; sino que nos corresponde aplicar los cánones de constitucionalidad propios de dichos derechos a los hechos establecidos por los Jueces y Tribunales. En consecuencia, no bastaría con que los órganos judiciales hubiesen efectuado una valoración de los derechos constitucionales en presencia y que ésta pudiera tenerse por razonable. Dicha valoración, para ser constitucionalmente respetuosa con los derechos fundamentales contenidos en los arts. 18.1 y 20.1 CE, ha de llevarse a cabo de modo que se respete la posición constitucional de los mismos, respeto que corresponde verificar a este Tribunal. Dicho en otras palabras, a este Tribunal le compete verificar si los órganos judiciales han hecho una delimitación constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en conflicto, lo que sólo puede llevar a cabo comprobando si las restricciones impuestas por los órganos judiciales al medio informativo, mediante la condena, están constitucionalmente justificadas (SSTC 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3, 112/2000, de 5 de mayo, FJ 5, y 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3).

3. Desde la inicial STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3, hemos destacado que la posibilidad de libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6). Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (STC 110/2000, de 5 de mayo). Por ello recibe una especial protección constitucional la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública, requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE, de manera que el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección. En cuanto al derecho a la intimidad ha declarado reiteradamente nuestra jurisprudencia que "tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimi-

dad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada" (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5, y 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6). Por tanto conviene recordar que el derecho fundamental que se denuncia como lesionado no es ilimitado, como ninguno lo es (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 297/2000, de 11 de diciembre). Conscientes de que un ejercicio sin límites podría lesionar otros bienes constitucionalmente relevantes de igual rango constitucional y, por lo tanto, de obligada coexistencia, entre ellos la intimidad de los ciudadanos, el constituyente, al proclamar el derecho en el art. 20.4 CE, y este Tribunal, al interpretarlo, han concretado las posibilidades de actuación constitucionalmente protegidas, así como los criterios conforme a los cuales ha de delimitarse el contenido del art. 20.1 CE frente al derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE. Sobre la recíproca delimitación que así se produce entre unos y otros de tales derechos existe una muy reiterada doctrina constitucional a la que se habrá de hacer referencia para resolver el caso presente (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FFJJ 3 y 4; 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 200/1998, de 14 de octubre; 134/1999, de 15 de julio; 192/1999, de 25 de octubre; 112/2000, de 5 de mayo; 115/2000, de 10 de mayo; 156/2001, de 2 de julio; 186/2001, de 17 de septiembre; 46/2002 y 52/2002, de 25 de febrero; 83/2002, de 22 de abril; 99/2002, de 6 de mayo; y 121/2002, de 20 de mayo).

4. En aplicación de la anterior doctrina no podemos sino compartir, en este caso, las consideraciones efectuadas por los órganos judiciales, lo que nos conduce al rechazo de la pretensión de amparo. No es primordial para resolver este recurso la cuestión de si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la intimidad que la Constitución protege, y cuya garantía civil articula la repetida Ley Orgánica 1/1982, no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas "a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre" (art. 7.3 de dicha Ley Orgánica), ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión (SSTC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2, y 115/2000, de 10 de mayo, FJ 7). Lo sustantivo, como hemos señalado antes, es determinar si los órganos judiciales que aquí intervinieron identificaron con corrección el ámbito de protección constitucional que para sí invocaron los demandantes en el proceso a quo y si tal valoración fue respetuosa, de otra parte, con la definición constitucional del derecho a la libertad de información. La respuesta, como ya anticipamos, no puede ser sino positiva. Cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como es, en este caso, la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la infor-

mación que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad. Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de información y de reserva (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 20/1992, de 14 de febrero; y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

Pues bien, el análisis de lo afirmado en la demanda de amparo, y su contraste con el contenido de la información que ha dado lugar a la condena impugnada, permite concluir que con los reportajes reseñados fueron desvelados de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente que debieron mantenerse reservados, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad. Al desvelarse de forma indirecta pero inequívoca su identidad (facilitando su edad, su nombre completo, las iniciales de sus apellidos y el número de la calle donde tenía su domicilio habitual), tales datos, como han puesto de relieve los órganos judiciales, permitieron perfectamente a sus vecinos, allegados y conocidos la plena identificación de la víctima, y con ello el conocimiento, con todo lujo de detalles, de un hecho tan gravemente atentatorio para su dignidad personal como haber sido víctima de un delito contra la libertad sexual, hecho éste sobre el que, como mínimo, ha de reconocerse a la víctima el poder de administrar su publicitación a terceros. En modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periódica de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público. Porque es notorio que la identificación de la víctima de la agresión fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir (que la persona detenida como supuesto autor de los hechos, tras ser identificada por la víctima, negaba la autoría que se le imputaba).

Ninguna duda hay en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, y ello con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4; 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 5; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4); más concretamente este Tribunal ha declarado que reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4; 232/1993, de 12 de julio, FJ 4; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4). Pero no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de quienes son víctimas de los mismos, salvo que hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Tal información no es ya de interés público por innecesaria para transmitir la información que se pretende. Y tampoco lo fue aquí, con la consecuencia, ya clara, de que su difusión comportó un daño o, cuando menos, una perturbación injustificada por carente, en rigor, de todo sentido.

En definitiva, los datos que el reportaje enjuiciado revela sobre la joven agredida, en la medida en que permiten su completa identificación, exceden de cuanto puede tener trascendencia informativa en relación con la agresión sexual y su investigación judicial objeto del trabajo periodístico, y por ello ese contenido concreto de la información (el único que justifica el reproche que ha dado lugar a la condena civil impugnada) no merece la protección constitucional que otorga el art. 20.1 d) CE, tal como estimaron correctamente las Sentencias impugnadas.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,  
Ha decidido  
Desestimar la presente demanda de amparo de Cantábrico de Prensa, S.A.

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

*Dada en Madrid, a catorce de octubre de dos mil dos.*

#### COMENTARIO A LA STC 185/2002, DE 14 DE OCTUBRE DE 2002

En esta sentencia del TC se resuelve un recurso de amparo interpuesto contra tres sentencias que habían declarado la lesión del derecho a la intimidad de una persona como consecuencia de la revelación de ciertos datos en un reportaje de un diario. Estamos, por tanto, ante un caso más de conflicto entre el derecho a la información (artículo 20.1 d) CE) y el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE); ante una nueva manifestación de esa relación intrínsecamente conflictual en el mundo contemporáneo, tal y como ya supo ver el constituyente en el artículo 20.4.

La sentencia que se comenta comienza contrastando estos elementos (FJ 1) y así va despejando su argumentación ulterior. En efecto, definidos los derechos en conflicto, resta verificar si la actuación de los órganos judiciales se atiene a la doctrina constitucional sobre los mismos. La sentencia es aquí extraordinariamente clara; sostiene que el juicio del Tribunal Constitucional "no se limita a un examen externo del modo en que han valorado los órganos judiciales la concurrencia de los derechos señalados; sino que nos corresponde aplicar los cánones de constitucionalidad propios de dichos derechos a los hechos establecidos por los Jueces y Tribunales" (FJ 2) (las cursivas son nuestras). En el mismo sentido, insiste, "a este Tribunal le compete verificar si los órganos judiciales han hechos una delimitación constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en conflicto, lo que sólo puede llevar a cabo comprobando si las restricciones impuestas por los órganos judiciales al medio informativo, mediante la condena, están constitucionalmente justificadas" (FJ 2).

En este como en el resto de los aspectos a tratar, la sentencia reseñada se declara heredera de la ya vasta doctrina consti-

tucional sobre este tema. Las referencias a sentencias anteriores son constantes, de modo que la sentencia 185/2002 se pretende continuadora fiel de una línea congruente. Así, el camino a seguir es el recordatorio de los elementos más relevantes de la doctrina constitucional sobre la libertad de información y sobre el derecho a la intimidad para contrastar a su luz las resoluciones judiciales que se impugnan.

Por lo que se refiere al derecho a la libertad de información se pone especial énfasis en recordar su funcionalización al servicio de un "interés constitucional relevante: la formación y existencia de una opinión pública libre" (FJ 3). El argumento del Tribunal es preciso y directo; al margen de que los derechos fundamentales puedan venir definidos a partir de otros parámetros, es evidente que en el caso de las libertades de expresión y de información su función aparece vinculada a la consecución de una opinión pública libre, sin la cual la democracia pierde su sentido originario. La sentencia va repasando aquellas coordenadas del problema útiles para la resolución del problema concreto que se plantea con la interposición del recurso de amparo: la participación responsable de los ciudadanos en los asuntos públicos, la información amplia, la contraposición de opiniones, etc. No es su labor, pero sí, quizás, la de su comentarista lamentar lo alejados que, en ocasiones, están estos objetivos del horizonte de muchos de esos llamados "periodistas" (sólo incluibles en ese rótulo por la periódica asiduidad con que truenan). El Tribunal resume su posición alertando de nuevo sobre la conocida teoría de los límites de los derechos fundamentales, sobre su necesaria interpretación en un sistema armónico que, en el caso, de la pareja libertad de información-derecho a la intimidad viene a concebir a la primera (como ha defendido parte de la doctrina) casi como una auténtica garantía institucional. En concreto, muestra que el derecho a comunicar información "no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir recogido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección" (FJ 2). Pese a la ausencia de esta fórmula, esto no es sino una nueva aceptación, esta vez aporreada, de la llamada "posición preferente" de las libertades del artículo 20.

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad, dos datos le parecen relevantes al TC. En primer lugar, su definición, de acuerdo con la jurisprudencia precedente, como derecho que permite a su titular un ámbito reservado de su vida personal y familiar (FJ 3). En segundo término, que, en relación con la intimidad, "la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión" (FJ 4, en conexión con las SSTC, 197/1991, de 17 de octubre y 115/2000). Esto es, que sólo la información cierta puede lesionar la intimidad de quien se ve

reflejado en el dato difundido. El que la información, en este caso, sea veraz nada obsta para que haya podido producir la lesión que los órganos judiciales declararon cierta.

Así las cosas, el TC se apresta a señalar la necesidad de desestimar el amparo. En efecto, con los instrumentos doctrinales a su alcance la conclusión parece obvia. Porque las sentencias civiles que se impugnan habían condenado a un diario en aplicación de la Ley orgánica 1/1982 de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a resultados de unos reportajes, en los que se publicaron datos referentes a la identidad de una joven agredida sexualmente (ciertamente, sus apellidos completos no se difundieron, pero sí su nombre, su edad, y su domicilio) y a la circunstancia de su virginidad. Este comentarista comparte de todo punto los términos con los que se expresa el ponente de la sentencia: "en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público" (FJ 4). Esta conclusión es palmaria y no cabe objetar a ella, como hacen los recurrentes, que los órganos judiciales no valoraron en conjunto la información publicada (la validez del resto de la información no desvirtuaría en ningún caso la lesión que ese dato concreto provocó en la agredida), ni, mucho menos, el interés de parte del público por ese dato. La sentencia viene a marcar las distancias entre dos conceptos fundamentales para resolver estos casos y que serán, de seguro, cada vez más convocados: el interés público y el interés "del" público. No lo hace con estos términos pero sí con los paralelos: "relevancia comunitaria", "satisfacción de la curiosidad ajena". Los primeros elementos de ambas cadenas obtienen protección y son relevantes para la resolución de los casos. Los segundos son, en el mejor de los casos, irrelevantes.

La sentencia no oculta las peculiaridades del régimen de las informaciones que los medios dan sobre sucesos de rele-

vancia penal. En concreto, se reconoce el interés intrínseco de las noticias relacionadas con la comisión de delitos (como lo hacía, por ejemplo, la STC 178/1983). La sentencia 232/1993 (FJ 4) es especialmente clara al subordinar el sacrificio de derechos como la intimidad a todo aquello que "de algún modo, pueda servir a los fines de identificación y persecución de los autores del delito". La relevancia pública de este fin es lo único que puede permitir la intromisión en la esfera personal protegida por los derechos del artículo 18. En el caso que nos ocupa, es evidente que no concurría ni por asomo tal fin. Nos abstendremos aquí de hacer hipótesis sobre la auténtica intención del redactor de la noticia. Constatemos, sin embargo, que todas ellas son bastante inquietantes.

El fallo desestimatorio del Tribunal es, a mi juicio, incontestable, como lo son los de las sentencias impugnadas, o el alegato del Ministerio Fiscal en el proceso de amparo. Se hace evidente, así, el alto grado de protección alcanzado por el derecho a la intimidad, pese a que queden, como no puede ser de otra manera, flecos pendientes, es decir, líneas de fricción más complejas que las que se presentan en este caso (por ejemplo, y como ya se ha comentado, si ciertas lesiones en la intimidad pueden ser cruciales para esclarecer un delito). Es por ello, por lo que no quiero abandonar este comentario sin preguntarme y trasladarle la pregunta a los lectores, si la demanda de amparo en cuestión, habida cuenta de la previa doctrina del Tribunal sobre la materia, no carecía manifiestamente de contenido en el sentido que se señala en el artículo 50.1 c) de la LOTC. Cuando la jurisdicción constitucional se presenta como un "bien escaso" y se plantea de forma recurrente la necesidad de "optimizar" su trabajo, no estaría de más dictar providencias de inadmisión en supuestos como éste. (ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ, PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE JUNIO DE 2002. EFICACIA DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA PARA PROVOCAR LA CONDENA DEL AUTOR DEL DELITO<sup>19</sup>

### TEXTO DE LA SENTENCIA

*STS DE 10 DE JUNIO DE 2002. SALA DE LO PENAL  
PONENTE. EXCMO. SR. D. JOSÉ APARICIO-CALVO RUBIO*

#### ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número Cuatro de los de Santander, instruyó Sumario con el número 2 de 1998, contra el procesado Enrique y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Tercera) que, con fecha trece de julio de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declara probado que: El procesado Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales, vivía en su domicilio conyugal con su esposa Adoración y los tres hijos de ambos Enrique, el hijo mayor, Lourdes (nacida el diecisiete de diciembre de 1980) y Oscar, el hijo menor.

Desde aproximadamente el mes de abril del año 1992, en un número no precisado de ocasiones, el procesado, aprovechando el ascendiente y autoridad que ejercía sobre su hija, consiguió que esta, que por entonces tenía 11 años de edad, le diera un beso en la boca y que se dejase chupar sus pechos y genitales, haciendo ella lo mismo con los órganos genitales de aquél. Estos actos se produjeron, en primer lugar, en la tienda de golosinas que el padre tenía abierta en el barrio bilbaíno de Zorroza y, posteriormente, en otra tienda de golosinas que el padre regentaba en la calle M. uno, locales a los que acudía la menor con el fin de realizar los deberes del colegio. En el año 1993 la familia se trasladó a vivir a esta ciudad de Santander, a la Calle Joaquín Costa núm. 15, produciéndose hechos similares, que desembocaron posteriormente en la práctica de felaciones a las que el procesado obligaba a su hija, en número no precisado de ocasiones. Estos actos tenían lugar en el trastero de la vivienda familiar, o en un almacén situado en la calle H., o en el local que el padre regentaba en la calle G. Los hechos siguieron produciéndose después de la separación de los progenitores, en el año 1994, tanto durante el inicial periodo de convivencia con el padre, en el domicilio de los abuelos paternos, como durante el posterior periodo de reanudación de la convivencia con la madre, en la localidad de Baracaldo, aprovechando el padre, en este último periodo, el cumplimiento del régimen de visitas establecido de mutuo acuerdo entre los esposos. El cese de estos hechos se produjo con motivo de la interposición de la denuncia que ha dado lugar a la incoación de este proceso penal, en el mes de octubre de 1996.

Como consecuencia de la situación vivida por la menor, ésta ha tenido que ser sometida a tratamiento psicológico, habiendo sido diagnosticada de un trastorno de estrés post-traumático, no constando acreditado que siga tratamiento en la actualidad.

En la actualidad Enrique, además de María Lourdes y Enrique, tiene otro hijo menor de edad, Oscar, de 14 años de edad".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que condenamos al procesado Enrique como autor responsable de un delito continuado de estupro con prevalimiento de relación paternofamiliar del art. 434 del CP de 1973, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 años y un día de prisión, privación de la patria potestad respecto de su hijo menor de edad Oscar, accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de condena y prohibición de acercamiento al domicilio de la víctima por un plazo de cinco años, así como al pago de la totalidad de las costas procesales, debiendo indemnizar a Lourdes en la suma de 3.000.000 de pesetas.

Que absolvemos al acusado Enrique del delito de agresión sexual con violencia e intimidación del que venía siendo acusado por la acusación particular".

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

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del procesado Enrique, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivo Primero.- Por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo del art. 849 de la Lecrim. y del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la CE.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr, se denuncia la indebida aplicación de los art. 109 y 110 del CP de 1973 por entender que resulta improcedente la inclusión de las costas de la Acusación Particular en las que han sido impuestas al condenado.

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

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 31 de mayo de 2002.

<sup>19</sup> Esta sentencia reproduce sustancialmente la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la eficacia de la declaración de la víctima para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Al respecto, puede verse el comentario a la STS núm. 546, de 3 de abril de 2001, en el núm. 8 de este Boletín, pág. 45.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander en sentencia de 13 de julio de 2000 condenó al acusado Enrique a seis años y un día de prisión como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estupro con prevalimiento de relación paterno-filial del art. 434 del CP de 1973. Contra dicha sentencia el condenado interpone el presente recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, articulándolo en dos motivos.

SEGUNDO.- 1. Se denuncia en el primer motivo la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, garantizado en el art. 24.2 de la Constitución, por el cauce de los arts. 849.1º de la LECr y 5.4 de la LOPJ]. Se aduce que la sola declaración de la agraviada, no puede ser suficiente para fundar una condena, y se recuerda, con doctrina de esta Sala, que un riesgo para el derecho constitucional invocado puede producirse, cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito y se incrementa si es la misma, o su representación legal, quien inicia el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Bastaría con formular la acusación y sostenerla en el juicio, para desplazar la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría de acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación, llegándose al grado máximo de riesgo para el acusado cuando la acusación se funda exclusivamente en la palabra del acusador y ésta es imprecisa en su circunstancia o en el tiempo.

SEGUNDO.- En estos supuestos, el control casacional no puede limitarse a la mera constatación formal de que dicha declaración es hábil para ser valorada como prueba de cargo, sino que va más allá, verificando la racionalidad del proceso decisional que fundamenta la condena, como también sucede, en los supuestos de prueba indiciaria.

Esta Sala ha señalado reiteradamente algunas pautas lógicas para que la declaración de la víctima pueda ser habilitante para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo al marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significativamente los de índole sexual. La sentencia 706/2000, de 26 de abril, entre muchas, resumió, una vez más, la doctrina de esta Sala sobre los numerosos casos en los que la convicción inculpatoria se alcanza a través del testimonio de la víctima. Es necesario depurar las circunstancias del caso para comprobar si efectivamente concurren los requisitos que se exigen para la viabilidad de la prueba y que son los siguientes:

a) Ausencia de incredulidad subjetiva. La comprobación de la concurrencia de este requisito exige un examen minucioso del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación. Es necesario descartar a través del análisis de estas circunstancias, que la declaración inculpatoria se haya podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad y, al mismo tiempo, excluir cualquier otra intención espuria que pueda enturbiar su

credibilidad. Sólo de esta forma, se puede establecer una primera base firme para llegar a un principio de convicción inculpatoria.

- b) Verosimilitud del testimonio. No basta con el requisito anterior, sino que también es necesario que nos encontremos ante una manifestación, que por su contenido y matices, ofrezca sólidas muestras de consistencia y veracidad. La mejor forma de conseguir este objetivo pasa por contrastar las afirmaciones vertidas por el testigo, con los demás datos de carácter objetivo que bien de una manera directa o periférica sirvan para corroborar y reforzar aspectos concretos de las manifestaciones inculpatorias. Este apoyo material sirve para reforzar la credibilidad, no sólo de la persona que vierte la declaración, sino también la verosimilitud del dato facilitado. Es evidente que esta exigencia debe aquilarse y extremarse en aquellos casos en los que el delito, por sus especiales características, no ha dejado huellas o vestigios materiales de su ejecución.
- c) Persistencia en la incriminación. Por último debe comprobarse cual ha sido la postura del testigo incriminador a lo largo de las actuaciones, tanto en la fase de investigación como en el momento del juicio oral. La continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

TERCERO.- El cuidadoso y fundado razonamiento del Tribunal sentenciador acredita la correcta aplicación al caso enjuiciado de la anterior doctrina, como subraya con meticulosidad y rigor el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo. En el recurso se cuestiona la credibilidad de la víctima pues ésta tenía que sentir resentimiento contra su padre por su reprochado autoritarismo y carácter violento.

Sin embargo, son las propias manifestaciones del acusado las que, al asegurar que mantenía una buena relación con sus tres hijos, desvirtúan esa hipótesis, como también queda desvirtuada la idea de que ese resentimiento afectase no sólo a su hija Lourdes sino a todo el entorno familiar, debido a la separación conyugal, con el hecho de que en la regulación de esa separación, pues el régimen de visitas de los hijos fue fijado de mutuo acuerdo por los padres. Todo apunta, como sugiere el Ministerio Fiscal, a que, sin negar las consecuencias negativas que la violencia, los castigos corporales y el autoritarismo del acusado pudieron ejercer en la formación de la personalidad y educación de sus hijos, las mismas no generaron el resentimiento y deseo de venganza para fabular falsamente una denuncia de este género y que son, precisamente, los hechos denunciados los que han creado, una vez adquirida la suficiente madurez psicológica por parte de la menor, su lógico enfrentamiento con el padre. No tiene el menor fundamento atribuir a móviles económicos la denuncia, pues no existe ningún antecedente de exigencias de esa índole en relación los, por otra parte, exiguos ingresos y bienes del acusado, al que tampoco la ex-esposa del acusado había exigido incrementos en la pensión alimenticia de sus tres hijos. También se cuestiona en el recurso la verosimilitud del testimonio de la agraviada. Consta, sin embargo, que al ser reconocida cuando tenía 16 años presentaba sintomatología depresiva y sentimientos de inferioridad, inquietud respecto a la sexualidad, ideas recurrentes e imágenes respecto a los hechos y otras manifestaciones que según los expertos, son secuelas típicas del abuso sexual reiterado en la infancia. Las declaraciones de fami-

liares y amigas son también expresivas, como la afirmación de su madre sobre sus cambios de carácter y mayor agresividad a partir de los 12 o 13 años, o la de una amiga, que relata cómo notó que lo estaba pasando muy mal hasta que finalmente le contó los hechos, animándola a que denunciara lo que son corroboraciones periféricas que refuerzan la versión de la víctima que narran lo que oyeron y percibieron -audito propio- que no son meros testigos de referencia (art. 718 LECr.) a falta de prueba directa, sino que completan y robustecen la misma.

Finalmente se impugna también la persistencia en la incriminación que la sentencia recurrida rechaza pues en todas sus declaraciones la agraviada señaló con detalle, firmeza y precisión las características de los lugares en los que se produjeron los sucesivos abusos sexuales de su padre, relatándolos sin vacilaciones ni contradicciones relevantes y con leves imprecisiones que precisamente por ello, ponen de manifiesto su espontaneidad y veracidad. El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- 1. En el segundo motivo, al amparo del art. 849.1º de la LECr., se denuncia, por aplicación indebida, la infracción de los arts. 109 y 110 de 1973, por haberse condenado al recurrente a las costas de la acusación particular.

2. La sentencia 175/2001, de 12 de febrero, recordaba recientemente que tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia, coinciden en destacar la naturaleza procesal de las costas, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado.

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, con excepción de algunas resoluciones aisladas que se apartan del criterio jurisprudencial consolidado, puede resumirse en los siguientes criterios, conforme a las resoluciones anteriormente citadas:

- 1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 C. penal 1995).
- 2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (STS 26-11-97, 16-7-98, 23-3-99 y 15-9-99, entre otras muchas).
- 3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas res-

pecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.

- 4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (STS 16-7-98, entre otras).
- 5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (STS 21 de febrero de 1995 y 2 de febrero de 1996, entre otras).

De la anterior doctrina se desprende la corrección de lo acordado por el Tribunal "a quo" al incluir en las costas los honorarios de la Acusación Particular. No puede apreciarse en su actuación procesal, ni su inutilidad ni su substancial oposición con las tesis de la Sentencia a los que se refiere el motivo. Es cierto que la parte calificó los hechos como constitutivos de agresión sexual y que finalmente la Sentencia, como el Ministerio Fiscal, apreciaron ausencia de violencia o intimidación, condenando al recurrente por estupro de prevalimiento de relación paterno-filial, pero no lo es menos que la víctima en sus declaraciones habló siempre de las constantes violencias y severos castigos a que era sometida, como sus hermanos, por su padre y por ende, del clima de violencia familiar en que habían vivido, lo que hace comprensible la calificación de agresión sexual o violación, en el CP de 1973, por mucho que los elementos del tipo penal no se hubieran probado. Esa diferencia de calificación no supone heterogeneidad absoluta. Se trataría siempre de delitos contra la libertad sexual de la menor y realizados en unas y otras circunstancias o con unos y otros medios, pero entre los que existe una gran proximidad tanto natural como técnico-jurídica.

Es claro que no estamos en presencia de comportamientos anómalos, inútiles o superfluos de la Acusación Particular que permitieran haber excluido sus honorarios. Debía seguirse como hizo la Sala o quo la regla general de hacer recaer las costas del proceso sobre el condenado y no sobre la perjudicada, de acuerdo con la doctrina antes expuesta.

El motivo ha de ser desestimado.

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del procesado Enrique, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Tercera, con fecha trece de julio de dos mil, en causa seguida al mismo precedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Santander, Sumario 2/98, por delito de violación. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese ésta sentencia a la Audiencia de instancia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Cándido Conde-Pumpido Tourón.- Juan Saavedra Ruiz.- José Aparicio Calvo-Rubio.

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

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 16 DE ABRIL DE 2002. DOCTRINA SOBRE EL TIPO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA DEL 153 C.P. EN RELACIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA

### TEXTO DE LA SENTENCIA

STS DE 16 DE ABRIL DE 2002. SALA DE LO PENAL  
PONENTE: EXCMO. SR. D. JUAN SAAVEDRA RUIZ

En la Villa de Madrid, a dieciséis de abril de dos mil dos.

En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Antonio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, que condenó al acusado como responsable en concepto de autor de un delito continuado de estupro y de un delito de malos tratos en el ámbito familiar; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando representado el recurrente por la Procuradora D<sup>a</sup> Rosa María Álvarez Alonso.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Ponferrada, instruyó Sumario núm. 2/98 contra Antonio por delito de agresión sexual y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, que con fecha nueve de marzo de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Hechos Probados: El acusado en este procedimiento Antonio, de 53 años de edad, minero, jubilado, y casado con Adelina, desde hace treinta años, y con la que ha tenido cinco hijos, José Antonio de 28 años, Ana de 26, Asunción de 23, África de 21 y Mercedes de 15, carente de antecedentes penales, el día 16 de septiembre de 1985 en el que su hija mayor cumplía doce años y con ocasión de hallarse su esposa ingresada en el Hospital obligó a citada hija Ana a entrar en la habitación del matrimonio y a meterse en la cama con él, haciendo que se desnudara al tiempo que le propinaba un puñetazo a la altura del costado, para seguidamente y con el fin de satisfacer sus apetencias sexuales, mantuvo con la misma una relación sexual completa, accediendo a ello Ana por el miedo y temor a ser agredida que le infundía su padre, además de por la natural ascendencia del mismo sobre ella, profiriendo el acusado al finalizar el acto sexual amenazas de muerte sobre su hija menor si contaba lo ocurrido. Que los hechos anteriores se repitieron en infinidad de ocasiones, sin que puedan precisarse las fechas, pero al menos durante siete años y hasta que Adelina cumplió los 19 en que se casó y abandonó el domicilio familiar. Todas las veces tuvo lugar una relación sexual completa, accediendo a ello siempre Adelina por el miedo y temor que le infundía su padre de ser agredida, como de hecho ocurría con frecuencia en que el acusado agredía a su esposa principalmente en presencia de sus hijas, e igualmente a éstas últimas. El día 19 de septiembre de 1998, Ana, con ocasión de una agresión que su

padre propinó a su esposa, se decidió a denunciar los anteriores hechos ante el Cuartel de la Guardia Civil de Bembibre, habiéndoselo contado ya con anterioridad y a los tres años de la primera vez, a su madre y a sus hermanas Asunción y África.- Resulta igualmente probado que el acusado durante todo el transcurso de su matrimonio ha sometido a su esposa Adelina a constantes violencias físicas y psíquicas, resultando probadas las sucesivas en fechas uno de agosto de 1996 en que el ahora procesado insultó y amenazó a su esposa Adelina, y sin motivo aparente golpeó a la menor de sus hijas Mercedes, haciendo que su esposa tuviese que abandonar el hogar y denunciar los hechos ante la Guardia Civil de Bembibre, de igual modo el acusado en fecha 29 de noviembre de 1996 y después de discutir con su esposa con ocasión de la llamada telefónica que ésta había recibido por la muerte de un familiar, la golpeó propinándole patadas y agarrándola del cuello, teniendo que ser asistida en el ambulatorio de Bembibre, una vez que su marido se ausentó del domicilio. También el día uno de agosto de 1997 el acusado agredió a su esposa en el domicilio familiar sin motivo aparente, y en presencia de la hija menor Mercedes de 13 años, no siendo asistida aquélla en ningún centro médico, y del mismo modo el día 10 de diciembre siguiente agredió de nuevo e insultó a su esposa Adelina, por motivo de no saber colocar un plástico, en presencia también de la hija menor, teniendo que abandonar la esposa el domicilio para evitar males mayores y denunciando el hecho en el Cuartel de la Guardia Civil de Bembibre.- El acusado en fecha 12 de diciembre de 1996 fue condenado por el Juzgado de Instrucción número tres de Ponferrada como autor de una falta del artículo 617 del Código Penal por haber agredido el día 25 de julio de 1996 a su hija África.- El procesado presenta importantes carencias educativo sociales, es de carácter tipo explosivo y plenamente imputable".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado Antonio como responsable en concepto de autor de un delito continuado de estupro con prevalimiento del artículo 434 del Código Penal de 1973 con el agravante del segundo párrafo de dicho precepto, en relación con el artículo 69 bis del mismo Código, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión mayor con suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el cumplimiento de la condena.- Así mismo condenamos al procesado Antonio como responsable en concepto de autor y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de un delito de malos tratos en el ámbito familiar del artículo 153 del vigente Código Penal de 1995, a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición al condenado de las costas procesales del procedimiento, y con abono al mismo del tiempo de prisión preventiva que hubiera sufrido por esta causa".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación del recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta

## JURISPRUDENCIA • TS •

Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes: Primero.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim. en relación con el artículo 5.4 de la L.O.P.J., por infracción de ley y ello por la nueva aplicación del último inciso del párrafo 1º del núm. 2 del artículo 24 de la Constitución Española.

Segundo.- Al amparo del número 1 del artículo 849 LECrim. por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 434 del Código Penal de 1973 en cuanto se refiere al delito penado en la sentencia recurrida.

Tercero.- Al amparo del núm. 1 del artículo 849 LECrim. de infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 69 bis del Código Penal de 1973.

Cuarto.- Con base en el artículo 849.2 LECrim. en cuanto a la existencia de error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador, sin resultar contradictorios otros elementos probatorios.

Quinto.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim. de infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 153 del Código Penal vigente en relación con el artículo 131 en lo que se refiere al delito penado en la sentencia recurrida de maltrato en el ámbito familiar.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 9 de abril de 2002.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo de igual orden denuncia vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado (artículo 24.2 C.E., al amparo de los artículos 849.1 LECrim. y 5.4 L.O.P.J.). Se afirma que del contexto de todas y cada una de las actuaciones sumariales y del desarrollo del propio juicio oral, "no existe elemento alguno de prueba que permita entender que los hechos se han desarrollado en la forma en que son relatados en la sentencia", añadiéndose más abajo que la declaración de la víctima carece de la suficiente credibilidad a estos efectos.

Ya de partida se admite que se ha producido verdadera prueba de cargo susceptible de ser valorada por el Tribunal, siendo ella la propia declaración de la perjudicada. El medio testifical ha sido objeto de ciertas matizaciones y cautelas por parte de la Jurisprudencia de la Sala Segunda cuando se trata de un único testigo y, más aún, cuando es la propia víctima. Sin embargo, el juicio correspondiente a la valoración de dicho testimonio debe ser llevado a cabo y motivado por el Tribunal de instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 741 LECrim. Las cautelas señaladas no constituyen, por ello, requisitos o condiciones determinantes de la existencia de la prueba sino reglas orientativas que deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia en su operación valorativa. Efectivamente, es ya una obviedad referirse a la verificación de la credibilidad del testigo

teniendo en cuenta las circunstancias o relaciones existentes entre el mismo y el sujeto activo del delito, cuidando el Tribunal de depurar las mismas, valorando en su debida medida posibles móviles espurios, de resentimiento o venganza, es decir, la credibilidad, elemento subjetivo, debe ser tamizada mediante la interposición de elementos objetivos; de la misma forma que la versión ofrecida por el testigo-víctima necesita una suerte de objetivización para su corroboración o refuerzo, bien de elementos objetivos o de versiones de otros testigos o personas que coincidan en aportar indicios o hechos confluyentes con la versión principal, lo que se denomina elementos periféricos o corroboradores; por último, la llamada persistencia en la incriminación consiste en enfrentar entre sí las propias declaraciones del testigo, conforme se han ido produciendo a lo largo de la instrucción y en el Plenario. Reglas, en síntesis, que tienen valor orientativo para la apreciación de la prueba pero que no condicionan la existencia de la misma. El resultado de su verificación por el Tribunal de Casación puede alcanzar, tras el análisis del razonamiento empleado, la conclusión de su adecuación a las reglas de la lógica o la presencia de la arbitrariedad en la motivación.

En el presente caso, como en todos en los que concurre un atentado contra la libertad sexual, no es posible descartar resentimientos por parte de la víctima frente al agresor, pero ello no significa que el testimonio no deba ser considerado si tenemos en cuenta que lo contrario abriría la puerta de la impunidad en la mayoría de los casos. En el presente aduce el recurrente el transcurso del tiempo desde que sucedieron los hechos hasta que se denuncian al hilo de otro suceso familiar violento. Pero dichas circunstancias no desmerecen la credibilidad de la hija sino que evidencian la crisis familiar larvada durante años que en un determinado momento posibilita su liberación como necesidad contenida durante muchos años. También el Tribunal, para reforzar su convicción, atiende a corroboraciones periféricas mediante el testimonio de personas tan estrechamente vinculadas a la perjudicada como su madre y hermanas, conocedoras de los hechos desde mucho tiempo antes, lo que significa que dicho conocimiento es muy anterior a la denuncia. Por último, las contradicciones de hecho y de palabra que se acusan son fruto de la propia circunstancia familiar y desde luego la misma sujeta a la víctima a una contradicción en sí misma que no puede desmerecer su propia credibilidad sino que explica sus actitudes y el propio devenir de la relación familiar tal como se deduce de lo que se pone de manifiesto en los autos. En todo caso, el Tribunal de instancia (fundamentos jurídicos primero y tercero) ha ponderado el conjunto de dichas circunstancias razonablemente, no ignorando los hechos relevantes opuestos por el acusado, alcanzando su convencimiento pleno al respecto.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- A continuación se denuncia ex artículo 849.1 LECrim. la indebida aplicación del artículo 434 C.P. 1973. Se denuncia un error de subsunción, pero se argumenta que no existen, siquiera de forma indiciaria, elementos que permitan subsumir la actuación del recurrente en la conducta típica prevista en el artículo citado, es decir, no se respeta la conclusión fáctica de la sentencia y se incide en una nueva valoración de los hechos.

Por ello el motivo debe ser igualmente desestimado.

TERCERO.- A continuación, también por la vía de la ordinaria infracción de ley, se denuncia la aplicación indebida del artículo 69 bis C.P. 1973, por cuanto se aplica al hecho enjuiciado el delito continuado.

Vuelve el recurrente a desconocer los términos de los hechos probados, volviendo a cuestionar la credibilidad de la víctima, afirmando que nada concreta, ni detalla, ni especifica en relación con "los abusos sucesivos a que dice fue sometida". Pero el "factum" afirma ".... que los hechos anteriores (relación sexual completa con su padre por el miedo y temor a ser agredida que le infundía, además de por la natural ascendencia del mismo sobre ella) se repitieron en infinidad de ocasiones, sin que puedan precisarse las fechas, pero al menos durante siete años y hasta que Ana cumplió los 19 ..... todas las veces tuvo lugar una relación sexual completa, accediendo siempre a ello Ana por el miedo y temor que le infundía su padre de ser agredida".

La Jurisprudencia de esta Sala aplica la figura del delito continuado a las infracciones contra la libertad sexual aunque las mismas ofenden, evidentemente, bienes eminentemente personales, y ello cuando el autor realiza una pluralidad de acciones en ejecución de un plan preconcebido y aprovechando idéntica ocasión, siempre que las mismas incidan sobre el mismo sujeto pasivo, pues si no fuese así la ocasión no sería idéntica, sobre el que se concreta la abusiva relación sexual, prolongada en el tiempo, sin que sea posible precisar, concretar o individualizar los distintos hechos subsumibles en el tipo penal aplicado (S.S.T.S. 23/2, 26/7 o 2/10/01). Partiendo del hecho probado no existe error alguno en la subsunción de los distintos episodios en la figura de la continuidad delictiva, pues la pluralidad de agresiones tiene un mismo sujeto pasivo, lo que permite establecer la concurrencia de los requisitos que definen, ya señalados, dicha continuidad.

Igualmente el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Se sigue a continuación la vía del artículo 849.2 LECrim. para denunciar error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, cuales son un informe elaborado por el INSA-LUD y otro por el Consejo Comarcal del Bierzo y los Servicios Sociales de la Diputación de León.

También el motivo debe ser desestimado.

Mediante su designación lo que realmente pretende el recurrente es combatir la credibilidad de la testigo principal. Sin embargo debemos ratificar a este respecto lo ya argumentado en el primero de los fundamentos de la presente resolución. La inexistencia del historial clínico de la misma ningún error puede evidenciar en relación con lo que se dice en el "factum", pues el Tribunal de instancia ha dispuesto de prueba de cargo válida para alcanzar su convicción de culpabilidad del acusado. Los otros dos informes designados, igualmente carecen de relevancia casacional ex artículo 849.2 LECrim.. Las relaciones personales y familiares descritas en los mismos ya han sido tenidas en cuenta por la Sala para valorar la credibilidad de la testigo, luego por si solos nada evidencian con capacidad para demostrar ningún error que pueda determinar la modificación del hecho probado.

QUINTO.- Por último, también al amparo del artículo 849.1 LECrim., se denuncia indebida aplicación del artículo 153 C.P. vigente en relación con

el 131, por lo que se refiere al delito también aplicado de violencia familiar. Se afirma que ha transcurrido el tiempo de prescripción por cuanto la denuncia de tales hechos fue formulada por una de las hijas que manifiesta que el último episodio tuvo lugar en el año 1993. En relación con el resto de las denuncias por malos tratos se produciría el efecto de la cosa juzgada por cuanto los hechos acaecidos en los años 96 y 97 han sido archivados o juzgados.

El "factum" se refiere y tiene como probadas violencias físicas y psíquicas realizadas en fechas 1/8/96, 29/11/96, 1/8/97 y 10/12/97, añadiendo que en fecha 12/12/96 fue condenado el acusado como autor de una falta por agresión realizada a una de sus hijas el 25/7/96.

El delito del artículo 153 C.P., cuya última redacción data de la L.O. 14/1999, de 9/6, que completa la tipificación anterior y da un concepto legal de habitualidad, conlleva la protección de la dignidad de la persona en el seno de la familia, aún cuando sistemáticamente se encuadra dentro de las lesiones, consistiendo la conducta típica en ejercer violencia física o psíquica, después de la última reforma, habitualmente sobre las personas enumeradas en el precepto, siendo un delito de mera actividad, lo que equivale a que el resultado es ajeno a la acción típica, es decir, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo existirá un concurso real, y, así, el último inciso del texto vigente, con ligeras variantes respecto del anterior, expresa "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica". Ello ha llevado a entender que el delito examinado constituye un tipo agravado de las faltas previstas en los artículos 617.2 (maltrato de obra) y 620.2 (amenazas, coacciones y vejaciones de carácter leve), que se integra por la habitualidad del comportamiento, conforme a su definición legal contenida en el párrafo 2º del precepto, según la redacción dada por la L.O. 14/99.

A la vista de lo anterior no es posible admitir el argumento de la cosa juzgada (en caso de que así fuese, pues el hecho probado no consigna nada al respecto), pues la conducta típica es compatible también con la existencia de condenas anteriores por hechos violentos, pues se trata de reconocer típicamente dicho comportamiento desde la perspectiva de la habitualidad, y no cabe alegar infracción del principio "non bis in idem" tan estrechamente vinculado con la cosa juzgada (sólo en el caso de que los mismos episodios hubiesen sido ya subsumidos en el delito del artículo 153), puesto que son hechos distintos.

Por último, también son atinadas las razones esgrimidas por el Ministerio Fiscal para oponerse al motivo. En primer lugar, porque los hechos constitutivos de posibles faltas no prescriben a los efectos del presente delito y pueden ser valorados e integrados en la habitualidad, de forma que la prescripción comienza a correr a partir del último de los episodios violentos considerados. En segundo lugar, también es aplicable al caso la doctrina según la cual en el proceso penal no se da el efecto prejudicial positivo de la cosa juzgada (excepto quizá cuando un pronunciamiento anterior ha declarado la inexistencia del hecho), por lo que igualmente un Tribunal distinto puede valorar de forma diferente hechos archivados con anterioridad conforme a la prueba desarrollada a su presencia.

El motivo deviene improsperable.

SEXTO.- Ex artículo 901.2 LECrim. las costas del recurso deben ser impuestas al recurrente.

## JURISPRUDENCIA • TS •

## FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional formulado por Antonio frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, en fecha 9/3/00, en causa seguida al mismo por agresión sexual y violencia doméstica, con imposición al referido de las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater.- Juan Saavedra Ruiz.- José Jiménez Villarejo.

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

#### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 2002.

El respeto a los derechos de los ciudadanos es una de las características de un Estado de Derecho. La integridad física de las personas se ha configurado, antes de la promulgación de la Constitución española de 1978, como un derecho de la personalidad que otorgaba a su titular acción para protegerlo frente a las conductas que atentaran contra el mismo. Ésta era una protección legal, a través de la tipificación de los delitos de lesiones en el Código Penal (CP), al considerar el legislador que la integridad física era un bien jurídico digno de protección.

La Constitución (CE), como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, constitucionaliza en el Art. 15, el derecho fundamental de especial protección a la integridad física y psíquica, vinculando a todos los poderes públicos. La vinculación del Poder Legislativo a la CE, va a exigir que éste legisle con la finalidad de conseguir que los derechos de la ciudadanía sean reales y efectivos, por mandato del Art. 9.3 CE. Así, el CP de 1995 (LO 10/95) tipifica el delito de lesiones (Art. 147 y ss) castigando las conductas que atentan contra la integridad física. Sin embargo, las conductas de malos tratos a mujeres (que son un atentado a la integridad física y psíquica) carecían de una protección específica, que fue prevista por el legislador mediante la modificación del Art. 153 CP, a través de la Ley Orgánica 14/1999, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del CP, tipificando el delito de violencia física habitual en el ámbito doméstico. Según la Exposición de Motivos, ésta medida legislativa se enmarca en el Plan contra la violencia doméstica, aprobado por

Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998. La efectividad de ésta reforma del CP va a depender de la interpretación y aplicación que realicen los órganos jurisdiccionales. Teniendo en cuenta que, en la interpretación y aplicación del Derecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) va a vincular a los órganos de instancia, en la medida en que el TS puede revocar los fallos contrarios a su doctrina.

Además, el Poder Judicial como Poder del Estado y los Jueces y Tribunales están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, por mandato del Art. 9.1 CE y de los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Y, especialmente, el art. 7 LOPJ que establece que los derechos fundamentales vinculan a los Jueces y tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

Esta sentencia del TS aborda la institución de la cosa juzgada y la de la prescripción, en relación con el delito de malos tratos habituales del 153 del CP. Cosa juzgada y prescripción son excepciones de derecho procesal que pueden alegarse en el proceso, y que estimadas implican la finalización de éste con una sentencia absolutoria de la instancia, con independencia de que exista una acción, típica, antijurídica y culpable, porque la cosa juzgada impide que se puedan conocer hechos que ya han sido objeto de otro proceso, (efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material) y la prescripción impide conocer sobre determinados hechos transcurrido un determinado periodo de tiempo desde su comisión.

La importancia de ésta sentencia radica en la fijación por el TS de su doctrina al respecto, realizando una interpretación favorable al derecho a la tutela judicial efectiva y al valor justicia (valor superior del ordenamiento jurídico 1.ª CE), impidiendo así que por la articulación de éstas instituciones procesales quede impune una conducta delictiva.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la cosa juzgada impide que una misma persona pueda ser juzgada dos veces por los mismos hechos, sin embargo para apreciar la habitualidad como elemento del tipo del Art. 153, hay que tener en cuenta éstas condenas anteriores, porque de lo contrario sería muy difícil apreciarla, ya que sólo podrían tenerse en cuenta los hechos denunciados que todavía no se hubieran juzgado. Además, el TS precisa que el 153 CP tipifica un delito de mera actividad, es decir, para la integración del tipo basta constatar la habitualidad, castigándose el resultado lesivo por el delito o falta de lesiones, con lo que estaríamos ante un concurso real, porque ha considerado el TS que los bienes jurídicos protegidos son diferentes, por un lado, la integridad física, y por otro, la dignidad de la persona en el seno de la familia. (MARÍA DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 20 DE MARZO DE 2002. AGRAVANTE DE PARENTESCO EN DELITO DE LESIONES A COMPAÑERA DE HECHO

### TEXTO DE LA SENTENCIA

STS DE 20 DE MARZO DE 2002. SALA DE LO PENAL

PONENTE: EXCMO. SR. D. JOSÉ APARICIO-CALVO RUBIO

#### ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 10 de los de Zaragoza, instruyó Diligencias Previas con el número 897 de 1999, contra el acusado David y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Tercera) que, con fecha once de abril de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«Se declara probado que:

Primero.- El acusado David convivía con Susana desde el año 1995 en una relación de pareja de hecho.

Segundo.- El día 16 de febrero de 1999 en el piso sito en la calle S. núm. ..., piso ... de Zaragoza, se suscitó una discusión entre ambos, en el transcurso de la cual el acusado, estando Susana sentada en un sofá, le lanzó varias navajas abiertas sobre ella, alcanzándola algunas de las armas en diversas partes de las piernas. Posteriormente la golpeó con las manos tirándola al suelo y allí, utilizando cinta de embalar, le ató la manos, envolviéndole también parte de la cabeza, manifestándole que iba a quemarle sus partes íntimas, procediendo a calentar una plancha eléctrica, acción de la que desistió, cesó en su actitud agresiva y curó a la lesionada.

Tercero.- En la mañana del día siguiente, el acusado volvió a curar las heridas de Susana pero cuando estaba ocupado en ese menester, el ánimo del acusado fue cambiando y volvió a tornarse agresivo hacia la mujer, pinchándola con las tijeras que usaba para la cura y después la roció con un spray lacrimógeno, le pegó con el astil de un hacha y le produjo un leve corte en la cara con un cuchillo cebollero, tras estos hechos, Susana aprovechando un momento de distracción del acusado, salió huyendo, cogió un vehículo y condujo hasta Guadalajara en donde el día 3 de marzo denunció los hechos.

Cuarto.- La agredida resultó con heridas incisivas, en cara externa del muslo derecho, a la altura de la cabeza femoral en forma de "C" de 3 cm. de longitud; en cara anterior de muslo derecho de 0,5 cm.; en cara interna del tercio medio de pierna derecha de 1,5 cm.; en cara posterior de muslo izquierdo, en tercio medio, dos heridas, oblicuas, una de 2,5 y otra de 1,5 cm. en región malar derecha, herida fina incisa de 1,5 cm. presentando, asimismo, contusión en rodilla izquierda. Para la curación de las lesiones referidas se requirieron 60 días, 20 de ellos improductivos y 40 no improductivos. En su sanidad requirió una primera asistencia además de tratamiento médico consistente en estudio y seguimiento por servicio de traumatología por probable lesión de partes blandas en rodilla izquierda y tratamiento psicológico con psicoterapia quedándole como secuelas, cicatriz en forma de "C" en cara externa de muslo derecho, de 3 por 1 cm., otra de 0,5 cm. en cara anterior de muslo derecho, dos de 1,5 cm. en cara interna de pierna derecha, otra, lineal de 1,5 cm. en región malar derecha, trastorno ansioso depresivo de origen postraumático, probable lesión en rodilla izquierda

que requerirá exámenes complementarios diagnósticos, siendo posible que pueda precisar intervención quirúrgica en un futuro».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «FALLAMOS: Condenamos a David, como autor responsable de un delito de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia de parentesco como agravante, a la pena de tres años y seis meses de prisión y como autor responsable de un delito de amenazas, con la concurrencia de la circunstancia de parentesco como agravante, a la pena de un año y tres meses de prisión, con la pena accesoria, en ambos casos, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; condenándole, asimismo, como autor responsable de una falta contra las personas, a la pena de multa de dos meses, con una cuota diaria de mil pesetas y al pago de las costas.

Se acuerda la prohibición de David de que vuelva al lugar en que reside la perjudicada y los padres de esta, durante el periodo de tiempo de cinco años.

David indemnizará a Susana en la cantidad de cuatrocientas ochenta mil pesetas (480.000 ptas.) por las lesiones y en quinientas mil pesetas (500.000 ptas.) por las secuelas, más los intereses legales de dichas cantidades, desde la fecha de esta sentencia.

Se decreta el comiso de los instrumentos del delito, procediéndose a la devolución de los demás efectos ocupado a sus legítimos propietarios. Declaramos la solvencia del acusado, aprobando los autos que a este fin dictó y consulta el Sr. Juez Instructor. El restante de la cantidad consignada queda retenido hasta que se proceda a la liquidación de intereses y costas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos. Sres. referenciados al margen».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación del acusado David, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del acusado David, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivo Primero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º, por aplicación indebida de los arts. 148.1º y 2º y del 169 2º y del 617 1º, todos del C.P.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º y aplicación indebida de la agravante de efectividad del art. 23 del C.P.

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º e indebida inaplicación de la atenuante 5 del art. 21 C.P.

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley al amparo, del art. 849.1º e inapli-

cación indebida de arts. 20.1º y 21.1º C.P.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º y vulneración al proceso con garantías y al "in dubio pro reo".

Motivo Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º, por error facti.

Motivo Séptimo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º y error en la apreciación de los partes de lesiones e informe forense.

Motivo Octavo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J y vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

Motivo Noveno.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º, por denegación de la práctica de una prueba pericial.

Motivo Décimo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851 1º, L.E.Cr. por contenerse en la sentencia, contradicción de hechos probados.

Motivo Decimoprimer.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3º, por incongruencia omisiva, por fallo corto.

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

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 15 de marzo de 2002.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula por infracción de Ley del art. 849.1º de la L.E.Cr por indebida aplicación de los arts. 148.1º y 2º, 169.2º y 617.1º del Código Penal.

A) Se alega la inexistencia "de tratamiento médico" que hubiera sido necesario por exigirlo el art. 147 del C.P para integrar el delito de lesiones y, en consecuencia, el art. 148 que no es más que un subtipo agravado del primero. Se niega también la existencia del ensañamiento como agravante específica del art. 148.2º del C.P.

La doble queja no puede prosperar. En el dictamen de sanidad la médico forense de Zaragoza Doctora H.C. se precisa que la lesionada requirió una primera asistencia, además de tratamiento médico, consistente en el "estudio y seguimiento por servicio de traumatología por probable lesión de partes blandas en rodilla izquierda (y) tratamiento psicológico con psicoterapia", pronosticando, tras describir las secuelas que le habían quedado, que podía requerir intervención quirúrgica en un futuro (folio 220).

Con anterioridad el Dr. G.P., médico forense de Guadalajara, a donde la lesionada se fue para alejarse de Zaragoza por miedo al acusado, ya había establecido claramente en la segunda de las conclusiones de su informe que aunque no se hizo así "las heridas hubieran precisado tratamiento quirúrgico" y que dejarían secuelas en forma de cicatrices. (folio 35).

La necesidad objetiva de tratamiento médico se impone como criterio definidor de la exigencia típica apreciada según la lex artis, como ha sucedido en el presente caso de acuerdo con los anteriores informes, que en la sentencia impugnada se incluyen en el cuarto de los hechos probados y en el primero de los fundamentos jurídicos. La agravante de ensañamiento exige, por una parte, efectiva causación de males innecesarios, que constituye el elemento objetivo y, por otra, que el autor asuma la innecesidad de la acción y el carácter deliberado del exceso, que es el elemento subjetivo. La jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo la concurrencia de los dos (S. 2387/2001 de 11 de diciembre y las que en ella se citan). Las dos

se cumplen en este caso.

Así lo recoge concretamente la Sala a quo que se refiere a los seis impactos de arma blanca que Susana recibió, con lo que se aumentó innecesariamente el dolor de la víctima traumatizándola y "complaciéndose en todo ello David".

La apreciación, o no, de esta agravante específica carecería en el supuesto enjuiciado de practicidad y sería irrelevante a efectos punitivos, dado que el subtipo del art. 148 C.P se produce por la concurrencia de alguna de las tres circunstancias que describe y en este caso se ha apreciado también la utilización de armas u otros instrumentos peligrosos (art. 140.2º), que no ha sido impugnada en el presente recurso de casación.

B) La censura que se hace en el motivo por haber sido condenado por un delito de amenazas se aparta del "factum", para poder alegar falta de prueba sobre la intimidación, alegación improcedente en la vía casacional elegida. La Sala a quo la subsumió acertadamente en el art. 169 del C.P.

C) Finalmente la invocación de la falta del art. 617.1º del C.P, por su indebida aplicación, es puramente retórica porque ni se justifica ni se desarrolla.

El motivo ha de ser, en su triple formulación, íntegramente desestimado.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º de la L.E.Cr se denuncia la indebida aplicación de la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal. Se alega que la relación de afectividad entre el acusado y la víctima se había deteriorado tanto que se podía considerar inexistente, como se puso de manifiesto en las declaraciones de ambos en el juicio oral, lo que demuestra el error del Tribunal de instancia.

El Ministerio Fiscal al impugnarlo postuló su inadmisión que ahora es causa de desestimación (art. 885.1º L.E.Cr). No se ha invocado el art. 849.2º de la L.E.Cr para intentar acreditar el error facti ni hubiera podido prosperar, aunque se hubiera hecho, porque el acta del juicio oral no es documento casacional a estos efectos ni lo son, obviamente, las declaraciones de testigos o acusados.

En el relato fáctico consta la afirmación intangible, dada la vía elegida del art. 849.1º de la L.E.Cr, que convivían desde el año 1995 en una relación de pareja de hecho, lo que se integra y refuerza en el fundamento quinto de la sentencia al reafirmar la convivencia como pareja, como elemento objetivo de la circunstancia mixta de parentesco y la persistencia del vínculo sentimental, como elemento subjetivo de la misma.

Por lo demás es doctrina de esta Sala que la circunstancia del art. 23 del C.P no desaparece por un simple deterioro de las relaciones personales sino que es precisa una cierta duración temporal y, en ocasiones, se ha exigido que se traduzca en el abandono del domicilio compartido. (En este sentido S. 1429/2000, de 22 de septiembre).

El motivo ha de ser desestimado.

(...)

CUARTO.- Se denuncia, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Cr. la inaplicación de la eximente incompleta o atenuante analógica de los arts. 20.1º y 21.1º del C.P (no se menciona el art. 21.6º).

Sin ningún soporte en el relato fáctico no puede prosperar por el cauce del art. 849.1º de la L.E.Cr una pretensión dirigida a disminuir la imputabilidad del acusado, que sólo sería casacionalmente viable a través del art.

## JURISPRUDENCIA • TS •

849.2º de la misma Ley, que es lo que se intenta en el motivo sexto que -se anticipa desde ahora- tampoco puede prosperar. En efecto. Se invocan tres informes médicos que en ningún caso justifican lo que se pretende. El primero es de la psicóloga Dª Lidia y se esgrime la conclusión segunda en la que se dice que el acusado presenta rasgos paranoides y esquizoides de la personalidad con las características de suspicacia, desconfianza e insensibilidad a los sentimientos de los demás; se omite, sin embargo, la conclusión primera la misma doctora Dª Lidia en la que se dice literalmente que "el informado no presenta rasgos de deterioro mental ni signos psicopatológicos mayores (psicóticos) que alteren su capacidad de obrar y entender" (folio 186). El segundo informe que se aduce es del forense D. Guillermo y es terminante: El acusado "no presenta sintomatología de padecer ninguna enfermedad mental teniendo conservadas la capacidad de conocer y discernir el valor de sus actos y de inhibir sus impulsos" (folio 192). El tercero, atribuido al Dr. A.C., fue un informe procesalmente inexistente por enfermedad del citado doctor hasta el punto de que en el motivo noveno se queja el recurrente de denegación de prueba y allí será analizado.

El motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1º de la L.E.Cr "por inaplicación del art. 24 de la CE, por inobservancia del principio "in dubio pro reo" con vulneración de un proceso con todas las garantías", que en absoluto se concretan, con independencia de que no se menciona el art. 5.4 de la L.O.P.J que era el específico cauce para alegarlas.

En su alegato el recurrente retrocede sobre lo ya debatido en el motivo primero sobre el "tratamiento médico" que allí fue examinado, y por otra parte anticipa lo que volverá a alegar en el motivo séptimo, en pura y simple reiteración.

Por lo que respecta al principio "in dubio pro reo" es doctrina de esta Sala que tiene un carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba, e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, casos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo.

No es principio invocable en casación, ni resulta aplicable en los supuestos en que el Tribunal llega a una convicción en conciencia sobre el acreditamiento de un dato fáctico, excluyéndose toda duda sobre su existencia.

A pesar de la íntima relación que guardan el derecho a la presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo", y aunque una y otro sea manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio "in dubio pro reo" sólo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia. Dicho en otros términos: la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (STC 63/93 de 1 de marzo y SSTS 87-9-99 y 1956/00 de 5 de diciembre).

El motivo ha de ser desestimado.

(...)

OCTAVO.- Se denuncia en el motivo octavo la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, garantizado en el art. 24.2 de la Constitución, a través del art. 5.4 de la L.O.P.J, alegando que el único testimonio de la perjudicada no puede ser suficiente para fundamentar una condena.

Cuando se aduce, presunción de inocencia hay que reiterar que no es posible en casación sustituir la valoración que sobre la prueba practicada en el proceso haya realizado el Tribunal sentenciador para determinar la existencia de los hechos y la participación en los mismos del acusado porque es competencia exclusiva y excluyente, constitucional y procesal del juzgador de instancia, conforme a los arts. 117.3 CE y 741 L.E.Cr, privilegiada por los valores de la inmediación.

Si es revisable -y obligado- en esta sede comprobar si hubo actividad probatoria de cargo suficiente, practicada con todas las garantías, para dictar un fallo condenatorio. Es obligado también verificar la racionalidad de la argumentación de la sentencia impugnada, que en el caso enjuiciado es sólida pues se basa, para fundar convincentemente la condena, no sólo en las declaraciones de la víctima sino en un acervo probatorio amplio y plural que desvirtúa suficientemente la presunción constitucional, como iuris tantum que es. La sentencia los desarrolla con rigor en el fundamento jurídico tercero y corroboran el testimonio de la perjudicada. Fueron en síntesis, los siguientes:

- 1) El parte de lesiones del "Hospital U." de Guadalajara que menciona, entre otras, como ya se ha dicho, heridas incisas por arma blanca.
- 2) Los vestigios comprobados en el piso donde ocurrieron los hechos, en concreto los cojines con cortes limpios de uno a tres cms. de longitud y la mancha en uno de ellos, que analizada, detectó la presencia de sangre de origen humano con perfil genético correspondiente al de una mujer.
- 3) El reconocimiento por el propio acusado que el sofá de la vivienda presentaba cortes y manchas de sangre.
- 4) El haber admitido el acusado a los policías que le condujeron a la Comisaría que le había infligido a su compañera malos tratos en diversas ocasiones.
- 5) En el atestado consta que se le intervino una navaja de muelles de unos quince cms. aproximadamente de hoja muy afilada y puntiaguda.
- 6) En el informe del forense Dr. Guillermo se recoge que el acusado admitió haber agredido a su compañera en un momento de rabia en que perdió el control.

Esta Sala ha señalado reiteradamente criterios orientativos para que se pueda considerar la declaración de la víctima habilitante para desvirtuar la presunción de inocencia, como es, en primer lugar, la credibilidad de la misma. No existe, en este caso, el menor atisbo que permita aflorar siquiera una lejana sospecha de motivación espuria en la denuncia y posteriores manifestaciones incriminatorias, que demuestran persistencia y verosimilitud reforzada ésta por los numerosos datos periféricos que lo corroboran. Hubo, en suma, suficiente prueba de cargo, practicada con todas las garantías que desvirtuaron la presunción constitucional.

El motivo ha de ser desestimado.

(...)

## FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado David, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, con fecha once de abril de 2000, en causa seguida al mismo en el Procedimiento Abreviado núm. 897/99, procedente del Juzgado de Instrucción Número Diez de Zaragoza,

por delito de lesiones y amenazas. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese ésta sentencia a la Audiencia de instancia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Aparicio Calvo-Rubio.

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

#### COMENTARIO A LA STS DE 20 DE MARZO DE 2002

La principal cuestión que se plantea en esta sentencia es la aplicabilidad de la agravante de parentesco -prevista en el art. 23 CP- en aquellos delitos contra la vida y la integridad física de las personas en los que agresor y víctima forman -al tiempo de producirse el delito- una «pareja de hecho».

De la lectura de los Antecedentes de esta resolución judicial se obtiene un relato escalofriante de los malos tratos de que fue objeto la víctima a manos de quien era su compañero sentimental. Tales hechos, probados ante el tribunal de instancia, llevan a la Audiencia Provincial de Zaragoza a condenar al agresor como autor de un delito de lesiones y de otro de amenazas, en ambos casos con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco. Además se acuerda el alejamiento del agresor, prohibiéndole que vuelva al lugar de residencia de la perjudicada y de los padres de ésta por un período de cinco años. Interpuesto, por el condenado, recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el Alto Tribunal declara no haber lugar a tal recurso.

Dicho recurso de casación gira en torno a la aplicabilidad de la agravante de parentesco en el caso enjuiciado por el Tribunal de Zaragoza, denunciando lo indebido de dicha aplicación -siempre a juicio del condenado-. Argumenta el agresor que el deterioro de la relación de afecto en la pareja al tiempo de producirse los hechos impide aplicar la circunstancia de parentesco. El Tribunal Supremo acertadamente rechaza esta argumentación.

El Código Penal ha previsto como una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal la de parentesco. Así, el art. 23 CP dispone que: "es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o por afinidad en los mismos grados del ofensor". Se trata de una circunstancia mixta, esto es, que tanto puede actuar como agravante que como atenuante de la responsabilidad penal, dependiendo del tipo de delito. Así, mientras que en los delitos patrimoniales actúa como circunstancia atenuante, en los delitos contra la vida y la integridad de las personas su función es la de ser una circunstancia agravante de dicha responsabilidad.

Por lo demás, el Código Penal ha equiparado, a efectos de aplicación de esta circunstancia, las denominadas «parejas de hecho» a las uniones matrimoniales, lo que implica su aplicabilidad, con carácter general en los casos de uniones no matrimoniales. El incremento de la penalidad en estos casos, cuando afecta a delitos que ponen en peligro la vida o la integridad física de la pareja o cónyuge, se justifica si tenemos en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima por razón del vínculo que le une con quien resulta ser su agresor. Cierto es que en estos casos, cuando se llega a este punto en el que la agresión proviene de quien comparte la esfera más íntima de tu vida, la relación de afecto que une a la pareja ha de encontrarse deteriorada. Pero este simple deterioro no es suficiente, como ha declarado el Tribunal Supremo, para entender que no resulta de aplicación tal circunstancia. Si así fuese, no encontraríamos prácticamente ningún supuesto de delito contra la vida o la integridad de la otra persona en el que, por encontrarse la relación afectiva en perfecto estado, resultase aplicable el artículo 23 CP. Por ello, el TS viene exigiendo que la falta de afectividad en la pareja sea notoria, sin que baste el simple deterioro de las relaciones personales, que dicha desafección afectiva tenga, además, una cierta duración temporal e incluso en ocasiones ha exigido que se traduzca en el abandono del domicilio conyugal (STS 1429/2002, de 22 de septiembre, f.j. 4). (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 18 DE MARZO DE 2002. DISFRUTE DEL PERMISO POR MATERNIDAD

### TEXTO DE LA SENTENCIA

STS DE 18 DE MARZO DE 2002. SALA DE LO SOCIAL  
PONENTE: EXCMO. SR. D. LEONARDO BRIS MONTES

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de julio de 2000 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1º) El demandante D. Juan Carlos presta sus servicios como médico por cuenta de la empresa Telefónica de España S.A. y está casado con Dª Begoña, corredora de seguros, que está afiliada y en alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, extremo que admite la demandada.

2º) Con fecha 25-2-2000 nació una hija del matrimonio, presentando el actor el 15-3-2000 solicitud de suspensión del contrato de trabajo por opción de su esposa a favor de que el actor disfrute el periodo de descanso por maternidad desde el 7-4-2000 hasta el 15-6-2000, de conformidad con lo establecido en el art. 48 del ET, solicitud que fue denegada por la empresa mediante comunicación fechada el 16-3-2000, señalando que para que el trabajador pueda disfrutar del permiso por maternidad se requiere que la madre sea trabajadora por cuenta ajena o funcionaria, condición que no concurre en este caso."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda sobre reconocimiento del derecho a permiso o suspensión del contrato de trabajo por maternidad deducida por D. Juan Carlos frente a la empresa Telefónica de España S.A., debo absolver y absuelvo a dicha empresa demandada de las pretensiones frente a ella ejercitadas."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por dicho actor, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 30 de enero de 2001, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Álava, de fecha 24 de julio de 2000, en autos núm. 175/00, promovidos por el citado recurrente contra Telefónica de España S.A. En su consecuencia, revocamos la sentencia impugnada y declaramos el derecho del recurrente a la suspensión de su contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre 7/4/2000 y 15/6/2000 desestimando el resto de las pretensiones. No ha lugar a la imposición de costas."

TERCERO.- Por la representación de Telefónica de España S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 21 de marzo de 2001, en el que se denuncia interpretación errónea del art. 48.4 del Texto Refundido del ET, en relación con los arts. 1.1, 45 d) y Disposición Final Primera del mismo cuerpo legal y el art. 3 del Código Civil. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 18 de diciembre de 2000 (Rec-2520/99).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 10 de septiembre de 2001 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte demandada para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de marzo de 2002.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión propuesta en el recurso se concreta en si el derecho reconocido en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores a la trabajadora que ha dado a luz, de optar que parte del periodo de descanso por maternidad lo disfrute el padre, puede ejercerse en el supuesto de que la madre trabajadora lo sea por cuenta propia y esté en consecuencia afiliada al RETA, mientras que el padre trabajador por cuenta ajena está afiliado al Régimen General. El recurso impugna la sentencia de 30 de enero de 2001, que al igual que la citada y aportada como contraria: la de 18 de diciembre de 2000, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Granada, tratan de trabajadoras por cuenta propia afiliadas al RETA que tuvieron un hijo en 25 de febrero de 2000 y 7 de abril de 1999 respectivamente, optando ambas trabajadoras porque los padres de sus hijos, que los dos trabajan para la Empresa Telefónica, estando afiliados al Régimen General disfrutaran parte del permiso por maternidad. Solicitado el permiso por los padres a la empresa, su solicitud fue denegada mediante comunicación en que se les hacía saber que para que el trabajador pueda disfrutar del permiso por maternidad por parto, es preciso que la madre sea trabajadora por cuenta ajena o funcionaria. Ante la denegación de la empresa, los actores tras celebrar el oportuno acto de conciliación presentaron demandas, con diferente resultado, pues mientras la sentencia recurrida da lugar a la demanda, la de referencia, la desestima. Ciertamente existe la diferencia entre ambas sentencias, de que la recurrida juzga un supuesto en que estaba ya vigente la ley 39/99 de 11 de noviembre, y la de referencia juzga un caso anterior a la vigencia de esta ley, pero esta diferencia a los efectos de lo discutido en el recurso es indiferente, pues el supuesto de permiso de maternidad por parto regulado en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, solo tiene la diferencia entre una y otra regulación, que el tiempo que la madre puede ceder al padre es superior en la actualidad, y que el permiso puede disfrutarse simultáneamente por ambos cónyuges, mientras que en la regulación precedente solo alcanzaba a cuatro semanas. Así pues, las sentencias son contradictorias en los términos del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, como entien- de el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

SEGUNDO.- El recurso denuncia infracción por interpretación errónea del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 1.1, y 45 d) y disposición final primera del mismo cuerpo legal.

Para un adecuado enfoque del problema planteado en el recurso, debe subrayarse que el art. 48.4, primer párrafo del Estatuto de los Trabajadores concede la suspensión del contrato de trabajo por 16 semanas a la mujer por razón de parto, y que ella es la titular de este derecho. En su consecuencia, es requisito esencial del supuesto que la trabajadora que de a luz este vinculada por un contrato laboral susceptible de suspensión según previene el art. 45 d) del propio Estatuto de los Trabajadores. Solo partiendo de este presupuesto esencial del precepto ha de entenderse la posibilidad, regulada en el párrafo 2º del núm. 4 del 48, "...de que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre..." Para que el padre disfrute de este descanso se precisa según previene el propio precepto "que el padre y la madre trabajen" y que esta "al iniciarse el periodo de descanso por maternidad opte porque el padre disfrute de una parte determinada del mismo. La exigencia de que el padre y la madre trabajen, no puede entenderse en el sentido de que la necesidad de que la madre este ligada por un contrato laboral, se suprima, bastando que tenga una actividad laboral por cuenta propia, pues el párrafo 2º del núm. 4 del art. 48, esta referido al primero, y en este como ya de dijo solo concede el derecho al permiso, por parte de la mujer trabajadora sujeta a un contrato laboral.

TERCERO.- Ciertamente que el art. 133 bis de la ley de Seguridad Social al reconocer las prestaciones por maternidad no distingue por razón de sexo y que la disposición adicional 11 bis de la ley General de la Seguridad Social reconoce a la trabajadora por cuenta propia prestaciones por maternidad análogas a la trabajadora por cuenta ajena. Ahora bien, esta regulación de la protección de la maternidad, no es ajena a lo dispuesto en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y prueba evidente de ello es la remisión que se hace al mismo, en el art. 133 bis. En su consecuencia, ni el art. 48.4 ni la regulación de las prestaciones por maternidad otorgadas en la ley de Seguridad Social autorizan a que la mujer trabajadora por cuenta propia goce del permiso por maternidad, presupuesto primero para que el padre pueda disfrutar de parte del mismo por opción, en este sentido, de la madre, y no habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, es claro que infringe por interpretación errónea los preceptos analizados. Por último es de señalar que criterio concordante con el expuesto sigue la sentencia de esta Sala de 28 de diciembre de 2000 al interpretar la regulación precedente a la ley 39/1999 de 11 de noviembre.

CUARTO.- Visto que la sentencia recurrida quebranta la unidad en la aplicación e interpretación del derecho, procede de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, dar lugar al recurso y, en su consecuencia, casar y anular la sentencia impugnada y resolviendo, según ordena el art. 226 de la ley de Procedimiento Laboral, el recurso de suplicación de que conoce, desestimarlos, confirmando la sentencia de instancia.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina formalizado por Telefónica de España S.A. contra la sentencia de 30 de enero de 2001, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la

Comunidad Autónoma del País Vasco, que conoció del recurso de suplicación formalizado por D. Juan Carlos contra la sentencia de 24 de julio de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria, en autos sobre derecho a permiso de maternidad instados por el recurrente en suplicación frente a Telefónica de España S.A. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el recurso de suplicación de que conoce lo desestimamos, confirmando la sentencia de instancia. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Luis Gil Suárez.- Víctor Fuentes López.- Manuel Iglesias Cabero.- Jesús Gullón Rodríguez.- Leonardo Bris Montes.

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

#### COMENTARIO A LA STS DE 18 DE MARZO DE 2002

La sentencia que se comenta resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina contra resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de los de Álava, aplica el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y otorga a un trabajador por cuenta ajena el derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad aunque la madre sea trabajadora autónoma y, por tanto, empleada por cuenta propia. El Tribunal Supremo estima el recurso y anula la sentencia del TSJ al entender que ni el precepto ya mencionado del ET, que regula la suspensión del contrato de trabajo después del parto, ni la regulación de las prestaciones por maternidad otorgadas en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) autorizan a que la mujer trabajadora por cuenta propia goce del permiso por maternidad, condición imprescindible para que el padre pueda disfrutar de parte del mismo.

Ciertamente, se trata de un criterio controvertido máxime cuando el propio TS, Sala 4ª, en sentencia de 29 abril de 2002, evidencia que " {...} tanto el Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, así como la disposición adicional 11 bis de la LGSS determina {...} que los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema tendrán derecho a la prestación por maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores por cuenta ajena" (FJ SEGUNDO, punto 3) Por otro lado, la extensión del subsidio por maternidad a la mujer trabajadora por cuenta propia parece ser la línea seguida por la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas por los distintos TSJ (STSJ de Cantabria, de 11 de abril de 2001; STSJ Galicia, de 22 marzo 2001; STSJ de Navarra, de 29 de febrero de 2000, entre otras).

De este modo, una interpretación contraria a la seguida en este asunto por el TS indica que, en el supuesto de trabajadores por cuenta propia, los períodos durante los que se tendrá derecho a percibir el subsidio por maternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, salvo el disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, que sólo será de aplicación a los de cuenta ajena. Los soportes jurídicos para defender esta postura se hallan recogidos en distintas disposiciones. Así, la disposición final primera del ET dispone que "El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente", salvedad que el legislador ha establecido a través de la Ley 42/1994 sobre medidas administrativas y de orden social, en cuyo artículo 37 incluyó en la LGSS la disposición adicional 11 bis, mencionada anteriormente, sobre prestaciones por maternidad en los Regímenes Especiales. Además, podría aludirse a la previsión que el Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo establece en su artículo 2.3, incluyendo en la situación protegida por el subsidio de maternidad a los trabajadores por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo aunque es justo indicar que esta disposición reglamentaria no pudo ser valorada por el

juzgador ya que el litigio era de fecha anterior.

En atención a lo expuesto, parece difícil sostener la negativa a la concesión del permiso bajo la alegación de que el padre no es titular de ningún derecho porque su esposa es una trabajadora por cuenta propia. Incluso podríamos considerar acertada la opinión de aquellos que denuncian vulneración del artículo 14 CE si la concesión del descanso legal se condiciona a que la mujer trabajadora lo sea con carácter dependiente y ajeno; partiendo de la doctrina establecida por el TC en sentencias 59/1982, de 28 de julio y 34/1984, de 9 de marzo, es ésta a la conclusión que llega la STSJ 1787/2001 Comunidad Valenciana, de 5 de abril, cuando expresa en su parte dispositiva que el demandado " ha vulnerado el art. 14 de la Constitución Española al distinguir entre trabajadores por cuenta propia y ajena en cuanto a la posibilidad de disfrutar el descanso por maternidad reconocido en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, discriminando por tanto a don Agustín M. R. ante su negativa a permitirle disfrutar del citado derecho".

En conclusión, y en contra del criterio de la sentencia del TS que se anota, entendemos que la protección por maternidad, exigencia que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad imponen al ordenamiento jurídico, ha de aplicarse de forma esencialmente igualitaria tanto para los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia. (JORGE MUÑOZ MELLADO. Becario de Colaboración. Área de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga).

## SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA NÚM. 516, DE 1 DE JULIO DE 2002. DERECHO A UNA HORA DE AUSENCIA EN EL TRABAJO PARA EL CUIDADO DE HIJO MENOR DE NUEVE MESES A FAVOR DE FUNCIONARIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

### TEXTO DE LA SENTENCIA

STSJ DE ANDALUCÍA. SALA DE LO CONTENCIOSO  
PONENTE: D. MIGUEL PASQUA LIAÑO

En la ciudad de Granada, a uno de julio de dos mil dos. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en esta ciudad, se ha tramitado el recurso número 4630/1997 seguido a instancia de Don Juan Manuel López López, siendo parte demandada la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, representada por el Letrado de la Junta de Andalucía. La cuantía del recurso es de cuatrocientas mil pesetas.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Delegación Provincial de Granada de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 1997 por la que se desestimaba su solicitud de ausencia del trabajo por tener hijo menor de nueve meses.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda la parte actora expuso los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó por suplicar a la Sala, entre otros pronunciamientos, que dictase sentencia por la que se declarase el derecho del recurrente a disfrutar de una hora diaria de ausencia del trabajo durante nueve meses.

TERCERO.- En su escrito de contestación a la demanda, la Administración demandada se opuso a las pretensiones del actor, y tras exponer cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación, solicitó la desestimación del recurso.

(...)

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La cuestión principal a dilucidar estriba pura y simplemente en determinar si para que un funcionario disfrute el derecho concedido por el artículo 30.1.e) de la Ley 30/1984, que es el mismo que el concedido por el artículo 11.3º del Decreto 349/96 de 16 de julio para los funcionarios de la Junta de Andalucía, es o no preciso que acredite que el otro progenitor no trabaja, o que renuncia al disfrute del mismo.

El demandante defiende la innecesidad de ese requisito, ofreciendo para ello una argumentación basada en los criterios literal, sistemático y teleológico de la norma. Por su parte, la Administración demandada llega a la conclusión contraria invocando la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 37.4º del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual "las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán

derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen", precepto éste del que se deduciría, según la tesis de la contestación de la demanda, que si ambos progenitores trabajan sólo uno de ellos podría disfrutar el derecho, pero no los dos.

Segundo.- La Sala concede más fuerza argumentativa el manejo de los criterios hermenéuticos por el actor que a la analogía con el mencionado precepto del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, el argumento analógico no puede invocarse en materia de derechos sociales para propiciar una equiparación a la baja: si la normativa aplicable a los funcionarios permite, en una adecuada interpretación de la misma, mejores condiciones sociales o laborales que el Estatuto de los Trabajadores, la diferencia de trato no puede resolverse proponiendo una interpretación restrictiva de derechos de la norma aplicable a los funcionarios.

En segundo lugar, la aplicación analógica exige el requisito esencia de "identidad de razón", el cual no concurre en el presente supuesto, dado que, al no hacerse mención en las normas invocadas por el recurrente, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 37.2 del Estatuto, a una determinada finalidad o "ratio" (lactancia), no puede presumirse que sea esta, invariablemente, la finalidad de todo permiso, derecho o licencia que se conceda a los progenitores que tengan hijos menores de nueve meses; antes al contrario, parece evidente que una adecuada interpretación de las normas analizadas, atenta a la realidad social del tiempo actual, pondría de manifiesto que los especiales cuidados que un hijo menor de nueve años reclama, según las concepciones sociales y familiares actuales, no se agotan, desde luego, en la lactancia o alimentación, sino que abarcan otros muchos aspectos específicos de esa edad, que tanto aconsejan la dedicación de la madre como del padre, o de ambos conjuntamente; máxime si se tiene en cuenta no sólo la vertiente de necesidades perentorias del hijo, sino la tendencia, más civilizada, de configurar la dedicación de los progenitores a los hijos también como un derecho de aquellos tal que les permita flexibilizar o reducir su jornada laboral.

No existe, pues, laguna legal que deba ser colmada por la analogía, sino regulación diferente. En consecuencia, debe prevalecer la interpretación propuesta por el actor, muy particularmente por aplicación del criterio sistemático o contextual, pues, efectivamente, si el mismo artículo, en su apartado tercero, establece especialmente la incompatibilidad de la concesión de determinados derechos a los dos progenitores cuando ambos trabajan, parece claro que al no haberlo dispuesto así en el apartado primero es porque el legislador ha querido concebirlo como un derecho de cada uno de los progenitores, indistinta y conjuntamente.

Tercero.- La consecuencia de lo razonado conduce a estimar el derecho del actor a disfrutar de una hora diaria de ausencia del trabajo hasta la fecha del cumplimiento por su hijo de los nueve meses. Pero dada la imposibilidad de cumplimiento en sus propios términos, debe concederse una indemnización al demandante a cuantificar en ejecución de sentencia conforme a las siguientes bases: a) número de jornadas laborales efectivas del actor desde la fecha en que solicitó por primera vez que se declarase su derecho hasta la fecha en que su hijo cumplió los nueve meses; b) multiplicado por la remuneración correspondiente a una hora de trabajo conforme al puesto y condición del actor en la fecha en que había de disfrutar de tal derecho; c) todo ello con el límite máximo de cuatrocientas mil pesetas, que es la cantidad pedida por el demandante. No se añaden intereses (que no fueron solicitados por el recurrente) ni se aprecian razones para un pronunciamiento especial en cuanto a las costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

**FALLO**

Estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Juan Manuel López López contra la resolución de 9 de julio de 1997 de la Delegación Provincial de Granada de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, desestimatoria de la solicitud de ausencia del trabajo por tener hijo menor de nueve meses, declarando no ser conforme a Derecho, anulándola, y declarando el derecho del recurrente a disfrutar de una hora diaria de ausencia del trabajo hasta que su hijo cumpliera los nueve meses, condenando a la Administración demandada a indemnizar al recurrente conforme a los criterios señalados en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, y sin expreso pronunciamiento en costas. Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste. Así por esta sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del art. 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma no cabe interponer recurso de casación, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

## COMENTARIO A LA SENTENCIA NÚM. 7/02, DEL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚM. 1 DE BARCELONA, DE 9 DE ENERO DE 2002.

## COMPATIBILIDAD DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR LACTANCIA DE HIJO MENOR DE NUEVE MESES Y DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA DE TRABAJO POR CUIDADO DE MENOR O MINUSVÁLIDO

En esta Sentencia, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona se pronuncia acerca de la compatibilidad de dos derechos previstos en el Estatuto de los Trabajadores: el derecho a la reducción de la jornada de trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses y el derecho a la reducción de la jornada laboral por cuidado de menor de seis años o minusválido físico, psíquico o sensorial.

Los hechos que dan lugar a esta resolución judicial son, brevemente, los siguientes: tras finalizar su permiso por maternidad el día 21 de septiembre de 2001, la trabajadora –ahora demandante– se incorpora a su puesto de trabajo al siguiente día laborable que resulta ser el 25 de septiembre, disfrutando a partir de este momento de una reducción de su jornada laboral para el cuidado de un menor. Mientras que con anterioridad su jornada de trabajo era de ocho horas diarias, de lunes a viernes, a partir de este momento, la trabajadora realiza una jornada diaria de seis horas y media, también de lunes a viernes. Los problemas surgen cuando esta trabajadora trata de hacer efectivo su derecho a media hora de ausencia –retribuida– del trabajo por lactancia del hijo menor de nueve meses. La empresa deniega esta solicitud de la trabajadora argumentando que tal derecho es incompatible con la reducción de jornada por guarda legal de un menor. Precisamente la cuestión central de esta resolución judicial que ahora comentamos radica en la compatibilidad o no de tales derechos reconocidos tanto a las trabajadoras como a los trabajadores en el Estatuto de los Trabajadores (ET).

Así, el derecho a la reducción de la jornada por lactancia del hijo menor de nueve meses aparece recogido en el art. 37.4 ET que, tras la modificación del mismo mediante la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, establece lo siguiente: "Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamen-

te por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen." Por su parte, el art. 37.5 ET –modificado asimismo por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, reconoce el derecho a la reducción de la jornada laboral por razones de guarda legal: "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. (...)."

Pues bien, tales preceptos del ET constituyen o forman parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE); finalidad que debe orientar la interpretación de los mismos. Se trata, además, de derechos reconocidos a favor de los trabajadores y trabajadoras indistintamente, aunque la realidad, de la que el caso que nos ocupa constituye un buen ejemplo, nos muestra que se trata de derechos que son ejercidos de manera preferente, si no exclusiva, por las mujeres trabajadoras y no por sus cónyuges varones, y cuyo ejercicio, por otra parte, se convierte en determinadas ocasiones en un obstáculo en su trabajo, esto es, en su incorporación al ámbito laboral y su permanencia en el mismo y desarrollo profesional en igualdad de condiciones con los hombres<sup>20</sup>. Las empresas privadas, cuya razón de ser es la obtención de beneficios económicos, no suelen aceptar de buen grado el ejercicio de tales derechos por parte de sus trabajadoras y por esta razón tratan de encontrar una cobertura legal que les permita denegar válidamente las solicitudes formuladas en tal sentido por sus empleadas. Esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que la empresa deniega la reducción de la jornada por lactancia justificando que, de acuerdo con lo previsto en el ET, este derecho es incompatible con la reducción de la jornada que ya tenía reconocida la trabajadora al amparo del art. 37.4 ET.

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona va a rechazar tal interpretación, declarando la compatibilidad de tales

<sup>20</sup> Un comentario a esta modificación legislativa puede verse en M<sup>a</sup> Luisa BALAGUER CALLEJÓN, "Comentario a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", Artículo 14, núm. 3, enero 2000, págs. 13-14.

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

derechos. Frente a la interpretación ofrecida por la empresa, este Juzgado, siguiendo la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Cataluña, ofrece una interpretación más favorable al ejercicio de tales derechos, contenida fundamentalmente en el razonamiento jurídico IV. En éste acoge los criterios que sobre esta cuestión había establecido con anterioridad la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia 8.3.1999 y que son básicamente los siguientes:

En primer lugar, que la reducción de la jornada por guarda legal de un menor no es una concesión empresarial, sino ejercicio legítimo de un derecho.

Además, señala el Tribunal que la ausencia por lactancia y la reducción de la jornada por guarda legal de un menor son derechos de naturaleza distinta tanto por su finalidad como por sus efectos contractuales.

Finalmente, se ha de tener en cuenta que la lactancia y la guarda o cuidado del menor son hechos naturalmente distintos y no necesariamente relacionados.

Por otra parte, el Juzgado de lo Social nos recuerda que ya el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en esa misma sentencia había declarado que en los casos de reducción de la jornada, la ausencia por lactancia debía reducirse en proporción a la duración de la jornada. No obstante, destaca este Juzgado que tanto esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, de 28.5.1990 –que también acoge los criterios antes mencionados– se funda-

mentan en que el apartado 4 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores hacía referencia a la reducción de la jornada "normal". Frente a ello, observa el juez que el art. 2.1 de la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, va a modificar precisamente el mencionado apartado 4 del art. 37 ET suprimiendo la referencia a la jornada normal, de manera que la redacción actual es "reducción de su jornada" y no "reducción de la jornada normal". De este modo, resulta obvio –a juicio de este juzgado– que con esta reforma el legislador ha pretendido mantener el derecho a la reducción en media hora de la jornada por lactancia en todos los casos, tanto si la jornada es la máxima legal, como si se trata de la habitual en el sector o en la empresa, o que venía realizando la trabajadora antes de su maternidad, como si se trata de una jornada reducida por causa de la custodia de un menor o cualquier otra causa, incluido los supuestos de contrato a tiempo parcial.

Por razón, este Juzgado de lo Social concluye que ambos derechos son compatibles, declarando que la ausencia por lactancia o la reducción en media hora de la jornada laboral por este motivo es independiente de la extensión o duración de la jornada que realiza el trabajador o la trabajadora y en todos los casos ha de ser retribuido tanto si se ha hecho uso del derecho a la reducción de jornada por guarda y cuidado de un menor como si no se ha hecho uso de este derecho (razonamiento jurídico IV) (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

### SENTENCIA NÚM. 611 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA (SECCIÓN PRIMERA). IN DUBIO PRO REO. ABSOLUCIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN

#### FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- .....delito contra la libertad sexual de la persona, que exige como elemento objetivo la penetración del órgano sexual del sujeto activo, que ha de ser del género masculino, en alguna de las cavidades típicas del pasivo hombre o mujer, anal, bucal o vaginal, según los casos, penetración que, aunque no es exigible sea total, sí requiere, al menos una "coniunctio membrorum", contacto del órgano penetrante con los umbrales de la cavidad penetrada y, tratándose de la vaginal, que superen los labios mayores del órgano genital femenino a partir de cuyo punto habrá que entender se produce ya una penetración vaginal; así lo entendieron las SSTS de 13-12-93 y 20-6-95; la de 29-3-96, con cita de otras, señalaba que era suficiente la penetración en la cavidad genital femenina sin que sea necesario la completa, así distingue entre zonas más o menos internas de esa cavidad y que se atenta plenamente contra la libertad sexual por la sola penetración violenta en dicha cavidad aún sin traspasar su zona vestibular, también STS de 15-1-98. A ese requisito objetivo positivo se han de unir los subjetivos, de esta cualidad, y de ten-

dencia en el agente que, teniendo de antijuricidad la conducta, está constituida por el ánimo libidinoso o propósito de satisfacción sexual que se presume en ciertos actos sin necesidad de otra indagación como el de penetración antes referido, SSTS de 23-4-93 y 27-1-97, y el negativo de la inexistencia de voluntad en el sujeto pasivo de consentir la ejecución por el activo de dichos actos o prácticas sexuales, negativa que puede manifestarse mediante cualquier modo de expresión, bien con palabras o gestos de oposición a aquella actividad del agente, oposición que, conforme tiene reconocida la propia jurisprudencia, no ha de ser heroica.-

Por otra parte, y muy conexas con el presente caso, puede darse el tipo, aún en el caso de una relación y contactos eróticos libremente consentidos, cuando se rompe la ausencia de la relación carnal oponiéndose el sujeto pasivo, la mujer, a la consumación del coito, pues está dentro de su libertad la de aceptar aquéllas y negar la realización de éste, existiendo la evidencia de la oposición decidida de la víctima, por lo que al sujeto activo le es exigible que modifique su actitud ante la variación observada en el curso de los acontecimientos, mereciendo, en otro caso, el reproche penal; en este sentido la STS de 14-4-1998.-

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

SEGUNDO.-....."El acusado niega tal penetración, mientras que María Inmaculada lo afirma, así lo repitió, en efecto, en el Juicio Oral y con anterioridad en la declaración ante el Juzgado; es cierto que la declaración de la víctima puede ser prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia, derecho constitucional reconocido en el art. 24 de texto superior de nuestro ordenamiento; así, como ha reconocido reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, (SSTC 201/1989; 173/1990; y 229/1991; y SSTs De 21 de enero, 11 de marzo y 25 de abril de 1.988; y 16 y 17 de enero de 1991), las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías, y también que son hábiles, por sí solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (Sentencias de 19 y 23 de diciembre de 1991; 26 de mayo y 10 de diciembre de 1992; y 10 de marzo de 1993; entre otras), y de manera específica en los delitos contra la libertad sexual en los que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (Sentencias de 18 de enero y 15 de diciembre de 1995). Ahora bien, la declaración de la víctima exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa.

Así, en esa ponderación, nos asaltan, como hemos anticipado, serias dudas, no sobre la voluntad negativa de la pretendida víctima al acceso carnal querido por el acusado sino sobre la realidad de él y, en su defecto, los actos ejercidos para ello...recordemos que antes del rechazo a la penetración estaban tumbados y él acusado encima de ella; se han descrito las lesiones o señales que tuvo y aparecieron en el reconocimiento médico inmediato, eran muy leves, preguntados los Sres. Médicos Forenses en el Juicio Oral sobre ello afirmaron que "tanto podían haberse producido con violencia o sin ella, por las irregularidades del terreno", pues lo estaban, tumbados, sobre zona encementada; nada se observó en muñecas, cara, piernas, salvo la erosión mínima que se constata en el reconocimiento; de ser reiterado y fuerte el forcejeo, como afirmó ella, hasta conseguir la penetración, debía haber quedado alguna marca en tales zonas, efecto de la presión de los dedos y manos del acusado.-

Tampoco se detectó en la exploración ginecológica realizada el mismo día de los hechos por la Sra. Médico Forense ninguna lesión genital, ni simple enrojecimiento de zonas vulvares externas o internas, lo que hubiera sido normal, no ya de lograr el acceso carnal, sino de haber durado, como afirmó, aún de forma desigual, cinco, diez o quince minutos, pues, además, caso de tal penetración, lo normal serían los movimientos de introducción-extracción para lograr el clímax erótico en el varón, lo que produciría esos efectos en joven de las características de María Inmaculada; a más, tampoco se detectó desgarramiento himeneal, aún siendo elástico.-

Aunque no sea requisito para la perfección del tipo la eyacuación interior, no se detectaron restos de semen en la vagina ni zonas de los órganos genitales de la joven;...

Solo se detectó la presencia de espermatozoides perteneciente al acusado en el exterior de la braga, análisis del I.N. de Toxicología, F. 37, lo que no incide tampoco en la penetración durante el tiempo expresado y aún lo manifestado por ella sobre su ignorancia sobre si hubo o no eyacuación exterior o interior.-

Por último, debemos hacer referencia a la discordancia existente en las declaraciones de María Inmaculada sobre su deseo de no denunciar y en cuanto a su causa; claramente afirma en su primera declaración que no

quería perjudicar a Francisco Javier, ya que "iba a tener un hijo en fechas próximas", de su relación con otra chica, "así como que no se enterara nadie", pero en el acto del juicio afirmó que no lo quería hacer por miedo; esta manifestación tampoco la hizo en su declaración el Juzgado ante la Magistrada Instructora.-

Asimismo, el Tribunal ha deliberado sobre la expresión que María Inmaculada atribuye a Francisco Javier sobre el deber de pagar; en su declaración primera en el atestado parece ser que lo refiere al futuro, "se lo tiene que pagar", por lo que se debe conectar con la negativa al acceso carnal; en la declaración en el Juzgado "que lo tenías que pagar", puede entenderse que la referencia es al pasado, mientras que en el Juicio oral mencionó "las que tenía que pagar"; en todo caso tanto las imprecisiones como la variedad de formas no nos inclinan a pensar que fueron pronunciadas esas palabras como referidas a la consumación y realidad del acceso carnal, quedándonos, en suma, la duda, como se ha dicho, de su ejecución. (...)

### COMENTARIO A LA SENTENCIA NÚM. 611 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

En esta causa resuelta por la sentencia objeto de comentario, pese a que se recoge en su fundamentación jurídica la constancia de los principios y doctrina emanada del Tribunal Supremo acerca del valor de las pruebas en este tipo de enjuiciamientos, casi siempre de difícil probanza por las circunstancias en las que se llevan a cabo, sin embargo y al dilucidar todos los elementos que la Acusación trae al acervo probatorio, en su análisis por parte del Tribunal se aprecia un alejamiento y desdén hacia tales principios, concluyendo con una duda, reconocida como débil pero suficiente para el citado Tribunal a los efectos de establecer una sentencia absolutoria y en definitiva la impunidad de quien además después de estos hechos incurrió en otro procedimiento penal al agredir nuevamente a la víctima, un año después, con intención de que retirase la denuncia que le había convertido en procesado.

En la tramitación de este procedimiento, si bien no tiene constancia la sentencia, se ha tenido que luchar ab initio con la viciada práctica de algunos Juzgados de Instrucción de incoar como Diligencias Previas lo que a todas luces justifica por la entidad del delito denunciado, la instrucción de un Sumario.

Centrándonos en el aspecto material nos hemos encontrado con la desconsideración de la existencia de una relación y conocimiento previos de las partes, denunciante y acusado. De un conocimiento por parte del acusado, de que la denunciante no quería mantener relaciones sexuales, lo cual sabía desde antes de dirigirse al Cementerio, elección del lugar que solo realizó el mismo.

No consideración de que las lesiones que presentaba Inmaculada solo las tenía ella, y no él, con lo que difícil parece que fueran el fruto de un escarceo amoroso.

No se ha tenido en cuenta la crisis de ansiedad que presentaba la denunciante cuando tienen lugar los hechos, reacción además lógica cuando pese a su negativa, de la que era

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

perfectamente consciente el acusado, la penetración tiene lugar.

Se ha desdeñado la existencia de semen en el borde de la braga, pese a que por el acusado se ha negado tanto el que se bajase los pantalones como el que hubiese penetración o eyaculación.

Se ha considerado impune la situación de que libremente aceptado un escarceo amoroso, que lleva inicialmente excluida la relación sexual con penetración, ésta tiene lugar aprovechando el lugar aislado, la postura y la confianza de la denunciante en que ésta no tendría lugar.

No se ha tenido en cuenta ni mucho menos la declaración de la víctima, en la que no se han hallado motivos espureos que pudieran viciar su contenido y hacerlo cuestionable, pese a los intentos por parte de la defensa del acusado en la fase inicial de instrucción. Se ha despreciado igualmente los elementos periféricos que corroboran dicha declaración, como es incluso la misma declaración del acusado, que desde el inicio de las actuaciones reconoce tanto en las dependencias policiales como en el Juzgado de instrucción que la "forzó un poco". No se ha dado explicación alguna para obviar como se ha hecho la presencia de semen del acusado en el borde de la braga de la denunciante, obtenido gracias a la rapidez con la que se actuó acudiendo al centro hospitalario más cercano.

Igualmente se ha mantenido la denuncia a lo largo de los dos años que ha durado la tramitación de esta causa, pese a los intentos del acusado, con agresión incluida de que la retirase.

Tanto inicialmente por su madre como en la vista oral, siendo ya mayor de edad, asustada ya que había sido víctima nuevamente de su fuerza bruta y por lo que pesaba una orden de alejamiento por el nuevo procedimiento penal.

Esto es, concurriendo en este supuesto de agresión sexual con penetración, todos los elementos aptos y válidos para enervar el principio de presunción de inocencia, que ha quedado claramente destruido, no obstante se ha generado en el tribunal una duda que esta parte considera está fuera

de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, que no contempla que los hechos tienen lugar cuando M<sup>a</sup> I. tiene dieciséis años y nunca ha consumado una relación sexual, y el tiempo de escarceo lo establece en cinco, diez, quince minutos, confundiendo con la penetración en sí, más breve e interrumpida por la crisis de ansiedad que le dificultaba la respiración a la víctima, por lo que actualmente, como no podía ser de otra manera se encuentra en periodo casacional.

Este sentir de la Sección Primera de la Audiencia Provincial no debe surtir efectos inhibitorios a la hora de denunciar hechos tan graves como los que dieron lugar a este procedimiento. Para contrarrestar este ya conocido criterio de esta Sala deberemos de enfatizar más en los medios de prueba de los que disponemos a nuestro alcance, comenzando por los términos que se hayan de emplear en la denuncia, que habrá de relatarse con el mayor rigor y en estado de mayor tranquilidad posible, e insistiendo en la obtención de muestras, pese a que, como en este caso, de poco haya servido la celeridad en su consecución, para lograr la convicción del Tribunal, que se ha fijado más en las alegaciones de la víctima tanto al denunciar, de que no quería que nadie se enterase, y las señaladas en el juicio de que tenía miedo (hacía pocos meses que le había agredido y de hecho tenía una orden de alejamiento), que en el propio relato de los hechos realizado sin contradicciones ni ambigüedades.

Solo podemos concluir la exigencia que se establece para las Acusaciones de un plus probatorio que no se requiere en otro tipo de delitos en los que se enjuicia la lesión de otro bien jurídico, encontrándonos con la dificultad añadida de que incluso y en teoría se han tenido en cuenta los mimados por difíciles de conseguir criterios de enjuiciamiento que han emanado de nuestro más Alto Tribunal para depurar la responsabilidad penal por este tipo de infracciones en las que la víctimas suelen ser mujeres y menores. (ADELINA FUENTES GONZÁLEZ, Abogada, Asesora jurídica del Centro Municipal de Información a la Mujer de Orjiva, Granada).

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

## TRIBUNAL SUPREMO

**STS de 15 de abril de 2002, Sala Penal. Declaración inculpativa de la víctima en delito de abusos sexuales.** El TS reitera aquí su doctrina acerca de la eficacia de la declaración de la víctima de un delito contra la libertad sexual para provocar la condena del autor, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los condenados por sendos delitos de abusos sexuales y prostitución. Entiende el TS que la declaración inculpativa de la víctima aparece además sólidamente corroborada con otras probanzas que permiten verificar: a) la existencia de prueba de cargo; b) legalmente producida; y c) razonadamente valorada y capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia por lo que la conclusión no es arbitraria.

**STS 20 de mayo de 2002, Sala de lo Social. Distribución de pensión de viudedad entre varios beneficiarios.** Declara el TS, en relación con el mínimo de las pensiones de viudedad, que la distribución de la prestación entre diversos beneficiarios debe hacerse con arreglo al tiempo vivido con el causante, no existiendo una multiplicación de pensiones de viudedad, sino que se distribuye una sola entre varias beneficiarias, por lo que, cuando se trata de los mínimos garantizados en los diversos Decretos, mientras éstos no dispongan otra cosa, por afectar a la prestación y no a cada una de las beneficiarias, debe hacerse también en la misma proporción, ya que dichos mínimos son una garantía que afecta a las prestaciones contributivas y estas siempre han de tener una vinculación a las cotizaciones del causante y al sistema de prestaciones reguladas, no pudiendo multiplicarse éstas en función de los mínimos vitales garantizados por no tener éstas un carácter asistencial, aun que se vincule a la falta de otros ingresos y no se consolidan.

**STS de 16 de abril de 2002, Sala de lo Penal. Cosa juzgada y delito de malos tratos en el ámbito familiar.** Inadmite el Tribunal, entre otros, el argumento de la cosa juzgada respecto al resto de denuncias por malos tratos en cuanto los hechos fueron archivados o juzgados, dado que la conducta típica es compatible con la existencia de condenas anteriores por hechos violentos, pues se trata de reconocer típicamente dicho comportamiento desde la perspectiva de la habitualidad. Asimismo, en cuanto a la prescripción solicitada, se sostiene que los hechos constitutivos de posibles faltas no prescriben a los efectos del presente delito y pueden ser valorados e integrados en la habitualidad, comenzando a correr la prescripción a partir del último episodio violento considerado.

**STS de 16 de julio de 2002. Sala Primera.** Resuelve el TS en casación sobre la reducción de la pensión alimenticia acordada a favor del hijo y la eliminación de la pensión compensatoria que igualmente se había establecido a favor de la recurrente con base a la disolución de la unión paramatrimonial que mantuvo con el recurrido. Considera la Sala que deben ser estimados los motivos esgrimidos en esta alzada, tanto con relación a

la cuantía de la pensión alimenticia a favor del hijo ya que no sólo hay que tener presente la edad del menor y sus necesidades sino también la capacidad económica del alimentante, así como en relación a la pensión compensatoria que debe mantenerse atendiendo a una aplicación analógica del art. 97 CC y no en base a la doctrina del enriquecimiento injusto.

**STS de 19 de julio de 2002. Sala Primera. Imposibilidad de declaración de dominio de inmueble - Adquirido por la mujer en régimen de separación de bienes- a favor de esposo.** Pretende el esposo recurrente en casación que se declare a su favor el dominio del cincuenta por ciento de la parcela y bungalows adquiridos por su exmujer durante el matrimonio en régimen de separación de bienes. Rechaza la Sala la pretensión del actor - ahora recurrente - ya que a la vista del documento en que apoya sus motivos aprecia que no constituye título suficiente para transmitir el dominio - declaración de reconocimiento de dominio de la esposa realizada en documento privado -, además acreditado el régimen de separación de bienes así como que los préstamos bancarios para la adquisición del bien en cuestión fueron concedidos personalmente a la recurrida, avala la decisión que adopta el Tribunal.

**STS de 22 de julio de 2002. Sala Segunda. Distinción entre delito de coacciones y agresión sexual.** La Sala desestima los rec. de casación interpuestos por la acusación particular y el condenado como autor de un delito de agresión sexual y una falta de lesiones. Declarando que la jurisprudencia distingue entre el delito de coacciones y las agresiones sexuales, mientras la agresión sexual va dirigida contra la libertad sexual, el delito de coacciones se dirige contra la libertad en general de las personas, requiriendo ánimos tendenciales diferentes del sujeto agente: un ánimo lascivo en las agresiones sexuales, mientras que en el delito de coacciones existe un ánimo genérico de restricción de la libertad personal. En este caso, el ánimo tendencial del acusado durante toda su conducta estuvo encaminado a determinar una situación de sumisión de la voluntad de la mujer a unos fines libidinosos, de modo que este ánimo lascivo guió todos sus intentos de conseguir el acceso carnal, absorbiendo este propósito cualquier otro que hubiera podido configurarse como ánimo genérico de doblegar la voluntad ajena.

**STS de 25 de mayo de 2002. Sala Segunda.** La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el condenado por dos delitos de agresión sexual y uno de abuso sexual y confirma la sentencia de instancia. Entre otros motivos, el recurrente alega que los hechos sólo constituyen tres faltas de vejaciones injustas, pero dadas las expresiones verbales del acusado y las partes del cuerpo de las víctimas que resultaron afectadas por su conducta, no se trata de una simple vejación, sino de la libertad del sujeto pasivo para decidir en el ámbito de su intimidad sexual. Aunque todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, ésta no consume el desvalor que afecta a dicho bien jurídico, sino al contrario, es el abuso sexual el que absorbe la falta de vejaciones.

## NOTICIAS

El BOE número 258, de 28 de Octubre de 2002 publica la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. Y la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

El 7 de Diciembre pasado la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer acordó " la tolerancia cero " para erradicar la violencia contra las mujeres, todos los grupos aprobaron por asentimiento el informe que se ha elaborado como consecuencia de los trabajos realizados en los dos últimos años y cuenta con las aportaciones de las personas que han comparecido ante la Comisión, de las distintas administraciones, organizaciones no gubernamentales y expertos y expertas en el tema. Entre las recomendaciones plantea reformas legislativas y propuestas en el ámbito policial, sanitario, social y educativo.

El Gobierno valenciano aprueba un Proyecto de Ley para la Igualdad de Hombres y Mujeres, que contiene diversas medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres. En materia de participación política, el proyecto elude el modelo de cuotas y opta por aumentar un diez por ciento la subvención electoral a los partidos por los escaños ocu-

pados por mujeres, y dar a los partidos con candidaturas equilibradas mayor tiempo en los espacios electorales gratuitos de los medios de comunicación públicos, así como una prima de ese mismo porcentaje en subvenciones por votos emitidos.

La Consejera de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, Magdalena Álvarez, anunció la inclusión en la próxima Ley de Acompañamiento de los Presupuestos andaluces del próximo año 2003 de una serie de medidas de mejora del tratamiento fiscal de las mujeres. Entre ellas destaca la inclusión de una deducción de 300 euros para aquellas que se den de alta por primera vez en el IAE.

La proposición presentada por el Grupo socialista de Ley integral contra la violencia de género, apoyada por toda la oposición, fue rechazada en el Pleno del Congreso por los 165 votos en contra del Partido Popular. Todos los Grupos parlamentarios del Congreso (tras rechazar el PP la Ley integral contra la violencia de género) adoptaron un acuerdo para crear una subcomisión que durante cuatro meses podrá trabajar para proponer medidas contra la violencia de género.

El Gobierno de Castilla-La Mancha concederá una ayuda económica de 900 euros a los padres que soliciten una excedencia por paternidad para el cuidado de un hijo por nacimiento, acogimiento o adopción, de un mes como mínimo.

**Instituto Andaluz de la Mujer**

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

**Teléfono de Información a la Mujer**

**900 200 999**