

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

NÚM. 10 • SEPTIEMBRE DE 2002

DOCTRINA

- Comentario al 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.

LEGISLACIÓN

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Modificación del Estatuto de los Trabajadores, sobre igualdad de remuneración por razón de sexo.
- Asignación de puestos durante los periodos de embarazo y lactancia del personal militar profesional.
- Medidas relativas a la conciliación del trabajo con la vida familiar del personal de las administraciones públicas catalanas.
- Modificación de la ley electoral de Castilla-La Mancha.
- Modificación de la ley electoral de la comunidad autónoma de las Illes Balears.

JURISPRUDENCIA

- Petición de decisión prejudicial - Países Bajos. Política social - igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras. Plazas de guardería a los hijos de funcionarias.
- Posibilidad de reclamar alimentos al instar la declaración de paternidad.
- Suficiencia de medios económicos del imputado en un proceso por impago de pensiones alimenticias.
- Malos tratos habituales y lesiones psicológicas con pluralidad de víctimas, la madre y sus dos hijos. Condena por tres delitos de art. 153 del CP.

**Boletín de Información
y Análisis Jurídico**

Instituto Andaluz de la Mujer

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:
Teresa Jiménez Vilchez
Coordinación:
Pilar Gutiérrez

Contenidos:
Área de Derecho Constitucional
de la Universidad de Málaga
Dirección Técnica:
M.ª Luisa Balaguer
Colaboran:
Antonio Javier Trujillo Pérez
Rafael Naranjo de la Cruz
M.ª del Mar Navas Sánchez
M.ª Dolores Cabello Fernández
Montserrat Reyes

Edita:
Instituto Andaluz de la Mujer
C/ Alfonso XII, 52
41002 Sevilla
Tel.: 955 03 49 53
Fax: 955 03 49 56
Puede consultarse "Artículo 14" en:
<http://www.iam.juntadeandalucia.es>

Diseño:
Pilar Álvarez
Maquetación:
Magenta, S.L.
Imprime:
Egondi Artes Gráficas
Dep. Legal:
SE-2460-01

Sumario:

PRESENTACIÓN

Teresa Jiménez Vilchez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

Comentario al 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.
Teresa Pérez del Río.
Profra. Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Cádiz 4

LEGISLACIÓN

Estaduto de Roma de la Corte Penal Internacional 18
Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo. igualdad de remuneración por razón de sexo 21
Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de destinos del personal militar profesional. Asignación de puestos durante los periodos de embarazo y lactancia 23
Ley 6/2002, de 25 de abril, de medidas relativas a la conciliación del trabajo con la vida familiar del personal de las administraciones públicas catalanas y de modificación de los artículos 96 y 97 del decreto legislativo 1/1997. Permite a los funcionarios catalanes reducir un tercio de su jornada conservando el 100% de su sueldo si adoptan o tienen un niño o niña menor de un año 24
Ley 11/2002, de 27-06-2002, de modificación de la ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-la Mancha 28
Ley 6/2002 de 21 de junio de modificación de la ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la comunidad autónoma de las Illes Balears 29

JURISPRUDENCIA TJCE

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2002. Petición de decisión prejudicial - Países Bajos. Política social - Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras - Excepciones - Medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres - Ministerio que pone a disposición de su personal plazas de guardería subvencionadas - Plazas reservadas exclusivamente a los hijos de funcionarias, salvo en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador 32

JURISPRUDENCIA TS

Sentencia de 6 marzo de 2002. posibilidad de reclamar alimentos al instar la declaración de paternidad 37

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 3ª penal) de 1o de diciembre de 2001. el juicio sobre la suficiencia de medios económicos del imputado en un proceso por impago de pensiones alimenticias 41
Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección séptima, 21/2.002, de fecha 26 de abril de 2.002. Malos tratos habituales y lesiones psicológicas con pluralidad de víctimas, la madre y sus dos hijos 44

NOTICIAS 47

PRESENTACIÓN

La persistencia de los malos tratos y agresiones sexuales en la sociedad española es un síntoma claro de la desigualdad que aún existe entre mujeres y hombres. En lo que va de año, se han contabilizado 40 mujeres muertas a manos de sus parejas. Argumento más que suficiente para defender la proposición de Ley contra la Violencia de Género rechazada por el Partido en el Gobierno, responsable de garantizar a las mujeres su derecho a la vida y a su salud.

Con indignación hemos visto cómo se nos ha ido de las manos la oportunidad de frenar de una vez por todas el asesinato de mujeres en nuestro país. En definitiva, se ha perdido la ocasión de igualar la legislación española a la de otros países europeos que van más allá de la atención a las víctimas y ponen el punto de mira en el rechazo y la condena de los agresores, únicos responsables de la violencia contra las mujeres. Si bien es cierto que desde las Comunidades Autónomas se viene haciendo un importante esfuerzo en el desarrollo de medidas para hacer frente a la grave situación, éstas han sido fundamentalmente de carácter social y de atención a las víctimas, pero no han podido evitar que hayan muerto mujeres que previamente habían denunciado públicamente su situación.

Para erradicar este grave problema es necesario considerar los malos tratos y la violencia contra las mujeres como un fenómeno integral, y para ello es imprescindible contar con el consenso de los diferentes poderes públicos. Es el único modo de atajar el problema desde su raíz y llegar hasta las últimas consecuencias, actuando en el ámbito policial y jurídico y esto solamente se puede hacer con una ley en la mano.

En el ámbito jurídico y administrativo, la propuesta presentada contempla la creación de una Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género con rango de Secretaría de Estado y un Consejo Consultivo para hacer un seguimiento de las políticas emprendidas. Entre muchas otras medidas, se propone también la Asistencia Jurídica especializada y gratuita, la creación de Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares, así como una serie de modificaciones en el Código Penal y en el Reglamento de la Ley General Penitenciaria. En el plano educativo, incluye medidas que inciden en el origen del problema y apuestan por la formación en el respeto a la igualdad entre mujeres y hombres.

La Ley Integral es el mejor instrumento para afrontar sin titubeos las consecuencias psicológicas, físicas, sociales y económicas que puedan sufrir las víctimas y para garantizar una respuesta eficaz de la justicia. Mientras no se considere de forma global el problema, las muertes seguirán sucediéndose a un ritmo terrorífico. Es una tarea de todas las fuerzas políticas y sociales del país defender el derecho que tienen las mujeres, que tienen todos los seres humanos, a una vida sin violencia.

Teresa Jiménez Vílchez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

DOCTRINA

COMENTARIO AL 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

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Profra. Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz

La adopción de la Ley 39/99 de 5 de noviembre sobre conciliación de la vida profesional y familiar de las personas trabajadoras, fue presentada como un importante avance para la tutela antidiscriminatoria. De un lado, se trataba de cumplir las obligaciones internacionales contraídas a raíz nuestra integración en la UE, mediante la trasposición completa de dos importantes normas comunitarias, las Directivas CE 92/85 sobre protección de la maternidad y la 96/34 sobre permisos parentales; de otro, según la Exposición de Motivos de la propia Ley, "permitía" un mejor reparto de las responsabilidades familiares, cuya asignación a la mujer en exclusiva, ha venido constituyendo la causa por excelencia de su situación de discriminación laboral.

Las críticas a la Ley no se hicieron esperar y han sido numerosos los análisis publicados sobre el alcance real de la norma, sus carencias e incoherencias.

En primer lugar, se puso de manifiesto que la óptica de norma estaba equivocada ya que el objetivo que en esta materia propone la normativa comunitaria es el de "incentivar", no meramente "permitir", un más equitativo reparto de las responsabilidades familiares, como pone de manifiesto la Resolución del Consejo de Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de junio de 2000 relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, mediante la cual "alientan" a los Estados miembros a elaborar estrategias globales que "incentiven" (y, desde luego, "permitir" no es igual a "incentivar") una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar y, para ello, evalúen la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un "derecho individual e intransferible al permiso de paternidad con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, manteniendo sus derechos en materia laboral, permiso que deberá disfrutarse simultáneamente al permiso de maternidad de la madre...". Probablemente, el solo establecimiento de este permiso, habría producido efectos más favorables en materia de conciliación y de tutela antidiscriminatoria, que todos los nuevos derechos reconocidos la Ley 39/99.

Pero no sólo es que la Ley no responde a la óptica preconizada en el ámbito comunitario, porque permitir el reparto de las responsabilidades familiares no es lo mismo que incentivarlo, es que además no ha cumplido en su totalidad el compromiso de trasposición completa -ya que no en plazo pues llevábamos años en situación de incumplimiento- de las Directivas comunitarias, faltando tras la adopción de la ley 39/99 por trasponer temas tan importantes como la protección de la salud durante la lactancia y los Anexos que acompañaban a la D.CEE 92/85 sobre "Agentes, procedimientos y condiciones de trabajo" que se consideran nocivos para la salud de la embarazada o del feto y del lactante.

En segundo lugar, el Informe del Consejo económico y Social sobre el proyecto de Ley ya antes de su adopción y posteriormente muchos otros autores, pusieron de manifiesto que por muy perfecta que fuera esta Ley -y como se pudo observar no lo era-, por sí sola, no podía conseguir el objetivo que se expresaba en su exposición de motivos: evitar que la asunción en exclusiva de las responsabilidades familiares por las mujeres, siguiera constituyendo la causa más importante de su situación de discriminación en el mercado de trabajo. Se señalaba que era necesario acompañarla de una mayor inversión en servicios sociales de cuidado de niños, mayores, enfermos y minusválidos, de calidad y asequibles, absolutamente insuficientes en España como pone de manifiesto el Informe publicado por la Comisión Europea sobre "Cuidado en Europa", mediante los cuales la sociedad se hiciese cargo de un problema que se plantea como social (la baja tasa de fertilidad y el envejecimiento de la población) y cuya solución no se podía seguir cargando sobre la mujer en exclusiva. La política española de ayuda a la familia, tradicionalmente basada en transferencias directas (insuficientes) y desgravaciones fiscales (de dudosa progresividad), no colabora en absoluto al reparto de las responsabilidades familiares, como demuestra una comparación entre las situaciones sociolaborales de las mujeres en los países en los que la política gubernamental ha incidido en la creación de este tipo de servicios (especialmente en el nórdicos) y la que se detecta en los países del sur de Europa, en la que

DOCTRINA

este tipo de servicios es totalmente insuficiente: en los primeros, los datos estadísticos demuestran una mucho mayor tasa de actividad femenina y un inferior nivel de discriminación por razón de género.

El diario "El País" del sábado 23 de febrero de 2002 publicaba un estudio de Eurostat en el que se ponía de manifiesto que España es el país de la UE que menos parte del presupuesto de protección social dedica ayuda a la familia. Señalaba que solo el 2'1% del gasto destinado a protección social se dedica a los hogares, lo que significaba cuatro veces menos que la media europea (8'5%). En paralelo, tiene la menor tasa de fecundidad de la UE (1'2 hijos por mujer) ya que es comprobable la existencia de una relación directamente proporcional entre la importancia de las prestaciones sociales para la familia y las tasas de fecundidad.

En tercer lugar, la mayor parte de los que se presentaban como avances mas significativos aportados por la Ley, la creación de una nueva situación de suspensión del contrato de trabajo, protegida por la Seguridad Social, en caso de riesgo para la salud durante el embarazo y la flexibilización de las posibilidades de disfrute de la situación de suspensión por maternidad (mayor flexibilidad en la distribución entre padre y madre del periodo de descanso, posibilidad de ejercicio a tiempo parcial), para ser aplicables, debían ser objeto de desarrollo reglamentario, desarrollo que no se ha producido hasta la promulgación del RD 1251/2001 de 16 de noviembre por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

Desde luego no cabía esperar demasiado de esta norma pues, por razones de legalidad, no podía ni ir mas allá de la Ley que desarrolla, por tanto no podía introducir mas derechos de conciliación realmente útiles en óptica de reparto de responsabilidades familiares, como el sugerido por la normativa comunitaria "permiso de paternidad", pero si que podía haber realizado un desarrollo reglamentario técnicamente mejor, mas claro, que permitiera a sus destinatarios un mejor conocimiento de sus derechos así como un mas fácil ejercicio los derechos reconocidos.

A continuación se procederá a analizar el contenido de este Real Decreto 1251/2001, siguiendo una sistemática cronológica, es decir, comenzando por la parte del mismo referida a la prestación de riesgo durante el embarazo, y continuando la suspensión por maternidad. Por tanto, no se hará apenas referencia a la regulación de los aspectos laborales de cada una de las instituciones, que en la actualidad está contenida en el Estatuto de los Trabajadores, aunque si a la regulación que contiene la Ley General de Seguridad Social que viene a ser la desarrollada por este Real Decreto.

LA PRESTACIÓN SOCIAL DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

Presentado por la doctrina como el avance mas significativo dentro de las reformas operadas por la Ley 39/99, el RD 1251/2001 realiza su desarrollo reglamentario en el Capítulo III, distinguiendo entre "normas aplicables a trabajadoras por cuenta ajena" (Arts.14 a 21 y Disposición Adicional 2ª), "normas aplicables a trabajadoras por cuenta propia" (Arts.22 a 27) y "normas comunes" a ambos tipos de trabajadoras (Art.29).

Es importante recordar el carácter autónomo de la prestación de riesgo durante el embarazo respecto de la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común, aunque según lo establecido en el Art.135.1 LGSS "aquella se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para (esta)...sin mas particularidades que las previstas en los siguientes apartados". Al respecto, la Declaración del Consejo y de la Comisión de 19-10-1992, relativa al Art.11.3 de la Directiva CEE 92/85 es diáfana: "..en modo alguno se pretende equiparar el embarazo y el parto con la enfermedad". La remisión legal realizada por la LGSS a la IT por enfermedad común, ha sido criticada por la doctrina que entiende que no es adecuada, considerando mucho mas lógica la asimilación a la maternidad, o en todo caso a la IT por causas profesionales ya que la situación de riesgo no se generaría (para la trabajadora embarazada) de no estar expuesta al desempeño de un cometido laboral concreto.

1.- Situación protegida, beneficiarias y requisitos de acceso a la protección.

El Art.134 LGSS define la situación protegida haciendo remisión al Art.26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y a su vez, el Art.14 del RD 1251/2001 reitera que "A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo esta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado.....dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados" añadiendo en su número 2 que "..no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patológi-

DOCTRINA

as que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no estén relacionados con agentes, procedimientos, o condiciones de trabajo del puesto desempeñado".

Ello viene a significar que de existir patologías derivadas del embarazo, no relacionadas con las condiciones de desempeño del trabajo e incompatibles con este, la prestación adecuada sería la correspondiente a IT por enfermedad común.

El acceso a la prestación se condiciona en el Art. 16 del RD 1251/2001 a los mismos requisitos que recoge el Art.135 LGSS para la prestación de IT: serán beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo, siempre que estando afiliadas y en alta, acrediten un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión.

La exigencia de requisitos para el acceso a la prestación puede dejar fuera de la protección a bastantes trabajadoras. De un lado, aquellas que no estén afiliadas y en alta por incumplimiento de parte del empresario de los actos de encuadramiento (teniendo en cuenta que según los estudios realizados al respecto, la mujer está muy representada en la economía sumergida) pues al aplicarse a este respecto los principios que rigen la prestación de IT por enfermedad común, en estos casos se hace responsable al empresario del pago de la prestación, pero no se aplicará el principio de automaticidad de las prestaciones, como ocurriría si se tratara, según propone la doctrina, como contingencia profesional.

De otro si no se ha cubierto el periodo de carencia, la trabajadora estará en situación de suspensión de forma obligada (si quiere conservar su salud y su embarazo), pero no tendrá derecho a la prestación. Es claro que el legislador podría haber sido mas generoso ya que nos encontramos en un tema relacionado con la salud, no imponiendo periodo de carencia para evitar que la trabajadora, por necesidades económicas, continúe trabajando con riesgo para su salud y la del feto. Otra solución habría sido la que se propone para el mismo caso en la prestación de maternidad, es decir, la creación de un nivel asistencial para estos supuestos.

2.- Contenido de la protección.

Por lo que respecta al contenido de la protección, señala el Art.135.3 de la LGSS y repite el Art.15 del RD 1251/2001, que la prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 75% de la base reguladora correspondiente, es decir, la establecida para la prestación de IT por enfermedad común.

Han sido muchas las críticas que se han realizado a este aspecto de la prestación. Se señala reiteradamente que habría sido mucho mas lógico y adecuado, acercar en esta materia la prestación de riesgo por embarazo a la de maternidad, cuya cuantía asciende al 100% de la base reguladora. Siendo obvio que su reducción responde a objetivos de ahorro presupuestario, ello viene a significar que el coste económico de la maternidad, en caso de riesgo durante el embarazo, se reparte entre la trabajadora que asume el 25% y la Seguridad Social que asume el 75%.

El RD 1251/2001 regula además las situaciones de pluriempleo (en las que la trabajadora presta servicio para diversas empresas pero está afiliada a solo un régimen de SS) y las de pluriactividad (en las que la trabajadora se encuentra afiliada a varios regímenes de SS) supuestos nada infrecuentes en tanto las mujeres son mayoritarias en el trabajo a tiempo parcial y es evidente que en la mayor parte de los casos, este tipo de trabajadoras precise mas de un trabajo para garantizar una supervivencia digna. Distingue, respecto del primero, en el Art.17.2, entre dos situaciones: la primera se produciría cuando la suspensión del contrato de trabajo se declare en todas las actividades que realice la trabajadora simultáneamente, porque en todas ellas se produzca riesgo, caso en el cual se computarán todas sus bases de cotización para las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada, el tope máximo establecido a efectos de cotización. Cuando la suspensión se declarase solo en alguna o algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, solo se tomarán las bases de cotización en las empresas donde se produce la suspensión y en este caso la prestación será compatible con el salario que la trabajadora reciba en las restantes actividades en las que el contrato no se suspende.

Las situaciones de pluriactividad son reguladas en el Art.29 del RD 1251 que distingue también dos supuestos: que la situación de riesgo durante el embarazo afecte a todas las actividades desempeñadas, en cuyo caso la trabajadora tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos y, caso contrario, es decir, cuando afecte la suspensión a solo una o alguna de las actividades realizadas por la trabajadora pero no a todas, en cuyo caso, únicamente tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que estén incluidas las actividades en que existe el riesgo. En todo caso la percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que viniera desempeñando o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo.

DOCTRINA

Por lo que se refiere al trabajo a tiempo parcial, el Art.17.4 del RD 1251/2001 señala que se aplicarán las normas establecidas para el subsidio de incapacidad temporal, contenidas en el RD 144/1999 de 29 de enero, no las que regulan el mismo supuesto para la prestación de maternidad y ello, en este caso, resulta favorable para la trabajadora ya que las primeras son ligeramente superiores a las segundas.

4.- Dinámica de la prestación.

Respecto a la dinámica de la protección, es decir, el nacimiento, suspensión y extinción de la prestación, el Art.135.2 LGSS y el Art.18 del RD 1251/2001 señalan que el derecho al subsidio nace en el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, por lo que a diferencia de la prestación de IT por enfermedad común, y como no podía ser menos, no se establece ningún periodo sin subsidio ni con cargo a la empresa.

El aspecto más criticable de regulación en materia de nacimiento del derecho a la prestación, se suscita respecto del procedimiento para su reconocimiento que se regula en el Art.21 del RD 1251/2001 y que se resume como sigue:

- Se iniciará a instancia de la trabajadora, mediante solicitud dirigida a la Dirección de la Entidad Gestora de la Provincia en que aquella tenga su domicilio, en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social; esta solicitud deberá contener los datos y circunstancias que establece el Art.70 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y expresamente la fecha de suspensión del contrato de trabajo, los datos relativos a la actividad desempeñada, su categoría profesional y función y la descripción del trabajo que realizase así como el riesgo específico que representase para el embarazo.

- La solicitud deberá ir acompañada de una serie de documentos:

1) Informaciones médicas:

- el informe médico del facultativo del INS o del Servicio Público de Salud correspondiente.
- la certificación médica expedida por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente o de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la SS que cubra la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en la que se acredite la situación de embarazo y que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud y/o la del feto (en la Disposición Adicional 2ª del RD 1251/2001 se regula el procedimiento de obtención de esta certificación médica).

Se señala además que cuando el primero (el informe médico) haya sido expedido por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora, no será necesario acompañar a la solicitud los referidos documentos, norma que parece exonerar a la trabajadora de la aportación del otro documento necesario, el informe médico del facultativo del INS o del Servicio Público de Salud equivalente, porque se debió aportar previamente ante los Servicios Médicos de la Entidad Gestora (Disposición Adicional 2ª apartado 2). Esta certificación si deberá ser aportada cuando la certificación médica haya sido expedida por los Servicios Médicos de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la SS, lo que demuestra cierta desconfianza del legislador en la actuación de las Mutuas, que podrían intentar desviar hacia el riesgo por embarazo situaciones de incapacidad temporal.

2) Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo incompatibles con el estado de la trabajadora, al que deberá acompañarse el informe sobre este particular emitido bien por el servicio de prevención propio de la empresa, siempre que esta cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, o bien por la entidad especializada que desarrolle para la empresa las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos, o bien, finalmente, por el responsable de prevención designado por la empresa, con la cualificación o acreditación suficiente para esta tarea. La declaración deberá reflejar la fecha en que la trabajadora ha suspendido su relación laboral, así como la cuantía de la base de cotización de la trabajadora correspondiente al mes anterior al del inicio de la suspensión del contrato de trabajo o a los tres meses anteriores en caso de contrato a tiempo parcial.

A la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio, el Director Provincial de la Entidad Gestora dictará resolución expresa y la notificará en el plazo de 30 días, reconociendo o denegando la prestación. Cuando se produzcan contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, o concurran indicios de posible connivencia para obtener sin derecho la prestación, la Dirección Provincial de la Entidad Gestora podrá solicitar Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de que esta manifieste su conformidad o su discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa que puedan determinar el derecho al sub-

DOCTRINA

sidio, informe que deberá ser emitido en el plazo de 15 días trascurrido el cual "podrá" (sería mas adecuado decir "deberá") dictarse la correspondiente resolución sin tener en cuenta el mismo.

Como se puede observar, la interesada debe acumular y presentar una ingente cantidad de certificados para obtener la prestación, que han de ser añadidos a los que debe presentar, según establece el Art.26 LPRL "cuando la adaptación de las condiciones y del tiempo de trabajo no resultase posible o a pesar de tal adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto..", caso en el cual tendría derecho al cambio de puesto de trabajo, paso previo necesario para que cuando dicho cambio "no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados" la trabajadora pueda situarse en situación de suspensión por riesgo en el embarazo (a saber, certificación de los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora) informes y certificados cuya necesidad ha sido por cierto muy criticada por la doctrina por ser dudosamente compatibles con la D.CEE/92/85.

La ingente cantidad de documentos e informes a presentar y el tiempo necesario para conseguirlos, conducen a la conclusión de que, realmente, era mas sencillo para la trabajadora el acceso a la protección social en caso de tener que suspender el contrato por peligro para el embarazo, antes de la adopción de la Ley 39/99, situación en la que, ante la laguna normativa planteada (inexistencia de situación protegida específicamente por la SS), se solía recurrir a las denominadas "bajas de complacencia" por incapacidad temporal, determinadas tan solo por el facultativo que atendiese a la trabajadora en el sistema de salud correspondiente.

El Art.135.2 LGSS y el Art.18.2 RD 1251/2001 establecen que la prestación se extinguirá, por pasar su beneficiaria a situación de suspensión por maternidad o por la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado. Además el Art.18.4 del RD enumera otras dos causas de extinción de la prestación: "c) Extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas; d) Fallecimiento de la beneficiaria". Mientras las dos primeras tienen un apoyo legal explícito (Art.48.5 ET y 135.2 LGSS) las dos últimas no lo tienen, aunque parecen evidentes, como también lo sería, aunque ni la ley ni el reglamento hagan referencia al mismo, el aborto.

Finalmente, el Art.19 del RD 1251 señala que la prestación podrá ser denegada, suspendida o anulada "...a) cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio... b) cuando realice cualquier trabajo o actividad bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, incompatibles con su estado".

La gestión de la prestación se realizará directamente por la Entidad Gestora respectiva, según establece el Art.20 del RD 1.251, que impide expresamente la colaboración en la misma de sujetos privados, los propios empresarios o las Mutuas (por lo cual no se entiende muy bien a qué viene la exigencia de su participación el procedimiento de acceso a la prestación). La atribución de la gestión en exclusiva a la Entidad Gestora, de manera poco coherente con el resto de la regulación, asimila la prestación por riesgo durante el embarazo a la prestación de maternidad, separándola de la incapacidad laboral por enfermedad común, a la que, como hemos dicho, se acerca en todo lo demás.

5.- La prestación en los Regímenes Especiales.

Por lo que se refiere a los Regímenes Especiales de la SS, la Ley 39/99 reconoció la aplicación de la prestación de riesgo durante el embarazo a todos ellos mediante la Disposición Adicional 8ª apartado 3 de la LGSS, que señala que el reconocimiento de la prestación será aplicable en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales. Asimismo resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial del Mar, Agrario y Autónomos "...en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente".

Las trabajadoras del servicio doméstico se incluyen en el ámbito subjetivo de la prestación en los mismos términos que el resto de trabajadoras por cuenta ajena (Art.16.1 y 23.1 del RD), y en ese supuesto, el único documento a acompañar a la solicitud del subsidio será la declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora (Art.21.2.c del RD).

En cuanto a las trabajadoras por cuenta propia, el RD contiene en sus Arts.22 a 28 una serie de reglas que se pueden resumir en cinco ideas rectoras:

DOCTRINA

- La situación protegida se define en el Art.22.1 del RD como "aquella situación en la que se encuentra la trabajadora embarazada durante el periodo de interrupción de la actividad profesional en los supuestos en que el desempeño de la misma, influya negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así se certifique por los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente". En consecuencia, toda la dinámica de la prestación (nacimiento del derecho, cálculo de la base reguladora, y del periodo de carencia) toma como punto de referencia el día de emisión del certificado médico;
- El subsidio se mantiene mientras dura la imposibilidad de reanudar la actividad profesional, se extingue con su reanudación y en el caso de causar baja en el Régimen Especial de la Seguridad Social en la que la trabajadora estuviera incluida (Art.25.2 y 3 RD).
- El requisito adicional para el acceso de la trabajadora a la protección, de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones a la SS, característico en el régimen de autónomos, se flexibiliza de forma limitada por el Art.23.2 del RD que señala que será de aplicación, en su caso, el mecanismo de la invitación al pago establecido en Art.28.2 del Decreto 2530/1970, tanto a las trabajadoras autónomas como a las trabajadoras pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar.
- La denegación, anulación y suspensión del derecho al subsidio y la gestión de la prestación económica, se regulan de manera sustancialmente idéntica a la establecida en relación con el subsidio por maternidad en los Regímenes Especiales (Arts.26 y 27 en relación con los Arts.19 y 20 del RD).
- El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio de las trabajadoras por cuenta propia, ha de ser necesariamente diferente al de las trabajadoras por cuenta ajena ya que no existe empleador. Consecuentemente, los documentos a presentar con la solicitud serían:
 - 1.- El informe médico del INS o del Servicio Público equivalente que asiste facultativamente a la trabajadora, que deberá acreditar la situación de embarazo y que las condiciones del trabajo o de la actividad profesional desempeñados influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada y/o del feto, una copia del cual se tramitará a la Inspección de Servicios Sanitarios del INS u órgano equivalente del Servicio Público de Salud correspondiente.
 - 2.- Declaración de la trabajadora sobre la actividad desarrollada, así como sobre la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado que pueda ser llevado a cabo por aquella, en su condición de trabajadora por cuenta propia o de empleada de hogar. Cuando la trabajadora autónoma presta servicios en sociedades cooperativas, laborales o mercantiles, dicha declaración deberá ser realizada por el administrador de la sociedad.
 - 3.- Acreditación de la cotización mediante la aportación de los recibos de abono de las cuotas a efectos de determinar el periodo de carencia, la cuantía de la prestación y del cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.
 - 4.- Finalmente, si el certificado de los Servicios Médicos es favorable al cese de la actividad y se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen de Autónomos, antes de que se dicte la resolución, vendrán obligadas a presentar una declaración de situación de la actividad, en la que conste la persona que gestiona directamente, en tanto exista riesgo durante el embarazo, el establecimiento mercantil industrial o de otra naturaleza del que aquellas sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad (teniendo en cuenta que en este último caso, si ello significa la baja en el Régimen de Autónomos, pueden perder la prestación Art.25.3.c RD).

También se introducen las prestaciones por riesgo durante el embarazo en los regímenes de las Fuerzas Armadas (Art.21.3 de la Ley 28/75 modificado por la Ley 39/99) y en el de Funcionarios Civiles del Estado (Art.20.3 de la Ley 29/75). el DR 1251 Art.1.2 establece al respecto que las disposiciones previstas en el Capítulo III, "...serán de aplicación a las funcionarias incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social a las que se conceda licencia por riesgo durante el embarazo. De igual modo...será de aplicación al personal estatutario sanitario que, en virtud de sus normas, le sea concedida una licencia o situación similar....".

LAS PRESTACIONES SOCIALES POR MATERNIDAD, ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO

El Capítulo II del RD 1251/2001, desarrolla reglamentariamente el subsidio de maternidad, regulado en los Arts. 133.bis y siguientes de la LGSS, sustituyendo a la obsoleta OM 13-10-67 que hasta ese momento regulaba conjuntamente esta presta-

DOCTRINA

ción y la de incapacidad temporal, respondiendo así al objetivo expresado en el Preámbulo del RD de conseguir "la reordenación sistemática y la actualización del régimen jurídico del subsidio de maternidad, separándolo además, definitivamente, en el nivel reglamentario (como antes se había hecho a nivel legal) del subsidio por incapacidad temporal...". Si bien es cierto que se ha cumplido al menos parcialmente el objetivo planteado y han sido eliminadas o aclaradas gran parte de las carencias e incoherencias de la anterior normativa que habían sido puestas reiteradamente de manifiesto por la doctrina, varios problemas quedan aún por resolver y algunas de las soluciones normativas aportadas por el RD 1251 son discutibles como se verá a continuación.

1) Situaciones protegidas y beneficiarios.

Reguladas en el Art.133 bis LGSS, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento tanto preadoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo establecido en el Art.48.4 ET.

Serán beneficiarios de la prestación, (Art.133.ter LGSS) los trabajadores por cuenta ajena que disfruten del derecho a la suspensión por maternidad, no los titulares del derecho a la misma que varían en función del supuesto en que nos encontremos, por ejemplo, en los casos en que, por cesión de la madre biológica, sea el padre el que disfrute del descanso por maternidad, este se convierte el titular directo de la prestación social, de tal modo que la madre cede el derecho al descanso pero no el derecho a la prestación.

La consecuencia necesaria de la atribución de la titularidad de la prestación, de forma absolutamente independiente de la titularidad del derecho al descanso, determina que:

- en primer lugar, los requisitos de acceso a la protección no se exigen a la madre cuando el que disfrute del descanso sea el padre; si bien resulta exigible a ambos el requisito de encontrarse en situación de alta o asimilada (ya que en caso contrario, es decir, de no estar trabajando la madre no tendría derecho al descanso y no lo podría ceder, excepción hecha del supuesto de fallecimiento de la madre, en el cual la titularidad del derecho al descanso se atribuye directamente al padre), no ocurre lo mismo con el requisito de carencia, que será exigible a aquel de los dos padres que disfrute de hecho el descanso, pudiendo suceder que la madre, con derecho (y obligación durante las seis primeras semanas) a la suspensión, no tenga acceso a la prestación por no tener el suficiente periodo de carencia, pero si lo tenga el padre, caso en el cual este tendrá derecho a la protección aunque no la tuviera aquella (supuesto nada excepcional si se tiene en cuenta que los hombres suelen tener contratos mas estables que las mujeres y estos suelen ser a tiempo completo frente a una gran cantidad de mujeres que desarrollan trabajo a tiempo parcial).
- La cuantía de la prestación se calcula en todo caso en función de las cotizaciones del beneficiario, es decir, de aquel de los padres que disfrute el descanso, por lo cual, debido a que normalmente, las mujeres perciben un salario inferior a los hombres, no sería nada excepcional que la prestación del padre fuera superior a la de la madre.

Esta es la regulación establecida en el Art.4.1.III y IV del RD 1251 que señala: "...cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento sea disfrutado simultánea o sucesivamente por la madre o el padre, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos...en caso de parto, si la madre trabajadora no reúne el periodo mínimo de cotización requerido, el padre, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un periodo de seis semanas (de descanso obligatorio para la madre con o sin subsidio) siempre que aquel acredite el mencionado requisito". Añade en el Art.6.3 "cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento sea disfrutado simultánea o sucesivamente por la madre o por el padre, la prestación se determinará para cada uno en función de su respectiva base reguladora".

El RD1251/2001 ha puesto además punto final a una polémica que se había suscitado sobre la posibilidad de que la opción realizada por la madre de ceder descanso por maternidad al padre, fuese alterada en función de circunstancias sobrevenidas, cuestión a la que no hacía referencia alguna la Ley 39/99. La norma admite la revocación dentro de unos límites razonables; señala en su Art.8 que "la opción ejercitada por la madre al iniciarse el periodo de descanso por maternidad a favor del padre.....podrá ser revocada por la madre si sobrevinieran hechos que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas".

DOCTRINA

También se regula el supuesto de fallecimiento del padre, en el que se produce una reversión automática a la madre del periodo de tiempo no disfrutado por aquel, incluso en el caso en que ella ya se hubiera reincorporado al trabajo (Art.7.2 del RD). Contrariamente, la opción a favor del padre quedará sin efecto en supuesto de fallecimiento del hijo ya que, en ese caso, solo la madre tendrá derecho a disfrutar el periodo de descanso obligatorio.

2.- El ejercicio del derecho al descanso en régimen de tiempo parcial.

Relacionados directamente con el tema de los beneficiarios de la prestación, se encuentran los problemas planteados por la posibilidad de disfrutar el periodo de descanso y por tanto la prestación de maternidad, a tiempo parcial, posibilidad que fue presentada en su momento como uno de los progresos mas importantes aportados por la Ley 39/99 y recogido en el Art.48.4.6° del ET que señala: "Los periodos a los que se refiere el presente artículo (descansos por maternidad, adopción y acogimiento) podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen". Estos términos son los que se recogen en la Disposición Adicional Primera del RD 1251/2001 por lo cual, hasta su adopción (dos años después), dicha posibilidad no ha podido ser utilizada.

El número 2 de esta Disposición, que repite lo establecido en el Art.48.4.6° del ET, señala: "Para que pueda disfrutarse a tiempo parcial el permiso de maternidad, será imprescindible el acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado", exigencia verdaderamente excepcional ya que ningún otro derecho de conciliación precisa del acuerdo empresarial para su ejercicio. Además se añade que el disfrute del permiso en esta modalidad deberá ser ininterrumpido, de tal manera que una vez acordado solo podrá modificarse mediante nuevo pacto con el empleador, por iniciativa del trabajador afectado y debido a causas relacionadas con la salud del beneficiario o del menor. Con el objetivo de dotar de cierta flexibilidad el régimen jurídico de esta opción, se añade que "El acuerdo podrá celebrarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior y podrá extenderse a todo el periodo de descanso o a parte del mismo...".

El derecho a descansar a tiempo parcial, podrá ser ejercido tanto por la madre como por el padre y en cualquiera de los supuestos, es decir, tanto cuando decidan disfrutar el descanso de forma simultánea como cuando decidan hacerlo en forma sucesiva, pero la madre no podrá hacer uso del mismo durante las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto, que deberán disfrutarse necesariamente por esta a tiempo completo.

Si el descanso se disfruta a tiempo parcial, la duración del permiso se ampliará proporcionalmente a la jornada de trabajo que se realice (D.A.1ª.3.b), por ejemplo, si se decide disfrutar media jornada de descanso y media de trabajo a partir de la sexta semana de descanso obligatorio a tiempo completo, la duración del permiso no será de diez semanas mas sino de veinte.

Durante el periodo de disfrute del permiso a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Además, el permiso de maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo, por el mismo trabajador, del derecho de lactancia (Art.37.4 ET), del de reducción de jornada en una hora retribuida o dos no retribuidas, en los casos de parto prematuro o en el caso de que por cualquier causa el hijo o hijos deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (Art.37.4.bis ET), así como con la reducción de jornada por guarda legal (Art.37.5 ET). El mismo precepto añade una incompatibilidad poco comprensible al establecer que el disfrute a tiempo parcial del descanso por maternidad, "...será incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia para cuidado de familiares regulada en el Art.46.3 ET.." lo cual es obvio porque se si se está en situación de excedencia, mal se puede estar trabajando a tiempo parcial; la norma parece haber confundido la excedencia, con el derecho a reducción de jornada que por la misma causa reconoce el Art.37.5.2° ET.

Se adoptan además, dos disposiciones verdaderamente favorables para el trabajador que ejercite esta opción de descanso por maternidad. En primer lugar, señala el RD que el tiempo en que el trabajador preste servicios tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante, lo que entendemos viene a significar que, terminado el periodo de descanso, el trabajador tendrá derecho a recuperar la jornada completa. Se añade, en segundo lugar, que a este supuesto no serán de aplicación las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el Art.12 del ET y sus normas de desarrollo, prescripción que acerca el régimen jurídico de esta institución a la de reducción de jornada para cuidado de hijos y familiares (Art.37.5 ET) y que tendrá efectos indudables en lo referente a protección social ya que no se aplicará la forma de cotización específica y muy desfavorable para los trabajadores a tiempo parcial, lo que actuaría, sin duda, como un elemento desincentivador de la utilización de esta opción de ejercicio del derecho.

DOCTRINA

De conformidad con el Art.9.3 del RD 1251, es compatible la percepción del subsidio por maternidad a tiempo parcial y la del subsidio de incapacidad temporal de tal forma que si el beneficiario de un subsidio de maternidad a tiempo parcial, cayese enfermo o tuviese un accidente (común o profesional) que le impidiese trabajar, podría percibir al tiempo ambas prestaciones, caso en el cual la base reguladora de la segunda (la de IT) se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se venía compatibilizando con el subsidio de maternidad a tiempo parcial. Si agotado el subsidio de maternidad, el padre o la madre continúan en situación de incapacidad temporal, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que correspondiera al régimen de jornada completa.

Si durante el disfrute del subsidio de maternidad a tiempo parcial se extinguiese el contrato de trabajo de la trabajadora -se trata de una norma aplicable solo a la madre-, a partir de ese momento esta pasará a percibir en su totalidad el subsidio por maternidad, sin que ello al parecer afecte al padre en el caso de que estuviera disfrutando el permiso simultáneamente ya que el Art.9.4 del RD establece que "...si el padre ya estuviese disfrutando un periodo de descanso en régimen de jornada completa o a tiempo parcial -ambos supuestos perfectamente compatibles con el disfrute a tiempo parcial de la madre- el subsidio que le correspondiese se mantendrá en los términos en que lo estuviese percibiendo". Se trata de una disposición verdaderamente favorable para la madre, aunque se tuviese que reducir proporcionalmente el tiempo de descanso total, ya que de no haberse señalado nada, la madre debería pasar a situación de desempleo parcial y es posible que no reuniese los requisitos para acceder a la protección; de otro lado no se nos alcanza porqué no se puede aplicar este régimen al padre.

3.- Los requisitos: alta y carencia.

Los dos requisitos exigidos normativamente son los generales de que el beneficiario se encuentre en situación de alta o asimilada y la cobertura de un periodo de carencia, es decir, que acredite ciento ochenta días de cotización en los últimos cinco años.

A la regulación del primero de los requisitos, la situación de alta, se dedica una parte significativa y muy compleja del RD 1251. En primer lugar, establece en su Art.5 que se considerará como asimilada al alta a efectos de la prestación por maternidad "...la situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación en el nivel contributivo...", es decir, no se considera en dicha situación la trabajadora que se encuentre percibiendo la prestación de desempleo en su nivel asistencial, ni tampoco cuando se encuentre en situación de desempleo parcial, caso este último que no plantea especial problema ya que el trabajador sigue vinculado por un contrato de trabajo en vigor aunque con la jornada reducida, por tanto, tiene derecho a la prestación de maternidad en virtud de la existencia de dicho contrato de trabajo. Mas problemas plantea la exclusión de la situación de desempleo subsidiada en el nivel asistencial como asimilada al alta ya que las estadísticas demuestran que, dados los niveles de atipicidad de las mujeres, les resulta difícil acumular el largo periodo de carencia necesario (de 360 días como mínimo según establece el Art.210.1 LGSS) para la percepción de la prestación contributiva, siendo mayoritarias en el nivel asistencial lo que tendrá por efecto que muchas de las trabajadoras que vean extinguido su contrato de trabajo antes del parto perderán su derecho a la prestación de maternidad, respecto de la que si podrían cumplir los requisitos de acceso al ser estos mas flexibles.

El Art.9.4 el RD 1251 regula el paso de la situación de incapacidad laboral temporal técnica, es decir, la que subsiste después de extinguida la relación laboral a la situación de maternidad, supuesto de otro lado nada infrecuente. Siguiendo a la jurisprudencia (entre otras STS 3-4-1995 A.2903) señala que, en caso de extinción del contrato de trabajo durante una situación de incapacidad temporal precedente al parto, si esta (la extinción) se produce antes del inicio del descanso por maternidad, aunque la trabajadora no haya pasado a la situación de desempleo total percibiendo la prestación económica del nivel contributivo, esta causará derecho a la prestación económica por maternidad, interrumpiéndose la de incapacidad temporal anterior al parto y, a partir del inicio de la situación de maternidad, la prestación pasará a percibirse en la cuantía establecida para esta última. También se causará derecho a la prestación económica por maternidad cuando entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación de maternidad no haya solución de continuidad (la baja se produce el mismo día que el alta de maternidad o esta se produce al día siguiente de aquella); en este caso, el subsidio se percibirá en su cuantía íntegra y no podrá compartirse el disfrute entre el padre y la madre en régimen de jornada a tiempo parcial.

El legislador parece haberse dado cuenta de lo absurdo que resultaría que, en caso de extinción del contrato, de la situación de incapacidad temporal se pudiera pasar a la situación de desempleo y de este a la de maternidad (ya que como hemos señalado, a estos efectos la situación de desempleo contributivo se considera asimilada al alta), y en cambio no se pudiera pasar directamente desde la situación de incapacidad temporal a maternidad.

DOCTRINA

También prevé el RD 1251 el mantenimiento de la prestación de maternidad cuando el contrato se extinga iniciado ya el descanso. Finalmente contempla el supuesto en que terminada la suspensión por maternidad, persista la de incapacidad temporal, caso en el que se reanuda el cómputo interrumpido respecto de esta última y se pasará a percibir el subsidio correspondiente.

Otra cuestión contemplada en el Art.7.3 RD 1251 respecto de que la existencia de laguna legal, había provocado debate doctrinal, es el reconocimiento de prestación de maternidad en las situaciones de huelga y de cierre patronal. La cuestión se había suscitado porque el Art.131.3 LGSS excluye durante esas situaciones, la posibilidad de percibir la prestación de incapacidad temporal; la doctrina afirmaba que esta exclusión no se podía aplicar a la prestación de maternidad ya que, siendo claro que la finalidad de la norma es evitar la financiación fraudulenta de la huelga a través de las prestaciones sociales de IT, era evidente que en el supuesto de maternidad ese objetivo fraudulento era imposible ya que nadie puede prever que en el momento del parto existirá una huelga. La interpretación doctrinal se confirma por el RD 1251 que señala en el Art.7.3 que "las situaciones de huelga y cierre patronal no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio de maternidad".

Otro de los problemas que planteaba la normativa anterior a la adopción del RD es el paso a la prestación por maternidad desde la situación de excedencia para cuidado de hijos. Como es sabido, desde la Ley 4/1995 los tres años de excedencia para cuidado de hijos son considerados como de excedencia forzosa, lo que a efectos de protección social significa, según señala el Art.125.2 LGSS, que se consideran situación asimilada al alta, salvo, por obra del Art.17 RD 356/1991, en lo que se refiere a la incapacidad laboral transitoria. El problema se suscitaba en los mismos términos que el anteriormente contemplado: se discutía si la exclusión de la IT debía aplicarse también a la maternidad. En este caso la Disposición Adicional^{3ª} del RD 1251/2001 opta por la solución contraria a la postura mantenida por doctrina y jurisprudencia, al establecer que "Tendrán la consideración de situación asimilada al alta, a efecto de las prestaciones de SS, salvo en lo que respecta a las de incapacidad laboral y maternidad..." las situaciones previstas en el Art.46.3 del ET es decir, los tres años de excedencia para cuidado de hijos y el año de excedencia para cuidado de familiares.

El RD contiene además reglas especiales sobre asimilación al alta de los colectivos de artistas y profesionales taurinos, personas que desempeñen cargos públicos representativos o funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal y el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional, esta última mas que de situación asimilada al alta se trata de alta especial (ya que existe una prestación efectiva de trabajo).

En definitiva el RD 1251 ofrece soluciones, unas veces mejores y otras peores a problemas de protección social de la maternidad que se planteaban antes de su adopción, sin embargo, omite toda referencia a un importante problema de descoordinación normativa que se puede plantear en el paso de la prestación de riesgo por embarazo a la de maternidad. Sería el planteado a aquella trabajadora cuyo contrato se extingue mientras se encuentra en situación de riesgo por embarazo, lo que según establece el Art.18.4.c del RD 1251 determinaría la extinción de la prestación, en el caso de que esta no pueda pasar a situación de desempleo contributivo, ya que en dicho supuesto la trabajadora no se encontraría en situación de alta ni asimilada al alta en el momento de acceder a la prestación de maternidad y por tanto perdería el derecho a percibirla. El segundo requisito impuesto por el Art.133 ter de la LGSS y repetido por el Art.4.1.I del RD 1251 para el acceso a la prestación por maternidad, es el de haber cubierto el periodo de carencia; en términos legales serán beneficiarios de la prestación los trabajadores que "...acrediten un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción". La referencia al parto resulta inadecuada ya que la trabajadora puede decidir comenzar su descanso y entrar en situación de suspensión subsidiada, antes del mismo, incluso hasta diez semanas antes, por lo que debería hacerse referencia al comiendo del periodo de descanso durante el que se percibirá la prestación.

Para el cómputo de la carencia de las prestaciones por maternidad se utiliza la técnica de días-cuota lo que viene a significar que los ciento ochenta días exigidos, se corresponden en realidad no con seis meses sino con cinco.

Como ya se señaló, el régimen jurídico establecido en la LGSS a efectos de protección social de las situaciones de excedencia para cuidado de hijos y familiares enfermos o ancianos, considera su duración completa como situación asimilada al alta, salvo para las prestaciones de IT y maternidad y además, el primer año de la excedencia para cuidado de hijos, según se establece en el Art.180.b LGSS se considera cotizado a efectos del acceso a las prestaciones en general, es decir, sin realizar diferenciación alguna entre incapacidad temporal y maternidad y las restantes. Sin embargo, la Disposición Adicional^{3ª} del RD 1251 que repite lo establecido en la LGSS sobre la consideración de situación asimilada al alta, va mas allá de lo establecido

DOCTRINA

legalmente al diferenciar, a efectos de contabilización de la carencia, la incapacidad laboral y la maternidad y el resto de las prestaciones cosa que en absoluto hace la Ley; señala el RD 1251 que la excedencia para cuidado de hijo, se considerará como periodo asimilado al alta "...sin perjuicio de la consideración como periodo cotizado a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo las de incapacidad temporal y maternidad, del primer año de dicha excedencia..". Sin duda se trata de un precepto reglamentario ultra vires y, por tanto, frontalmente ilegal y además muy desfavorable para las trabajadoras.

El cómputo de la carencia en los contratos de trabajo a tiempo parcial ha planteado desde siempre graves problemas. El régimen jurídico aplicable a este supuesto se encuentra recogido en la Disposición Adicional 7ª n.º1.2.a) de la LGSS y en el Art.3.1 del RD 144/1999, que en resumen vienen a señalar que para contabilizar los periodos de carencia a efectos de la prestación de maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas realmente trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización; después el número de horas trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1.826 horas de trabajo anual. Esta forma de cómputo, sin duda desfavorable para los trabajadores a tiempo parcial afecta mucho más a las mujeres ya que no puede olvidarse que los trabajadores a tiempo parcial en su mayoría son mujeres, y además, que a la parcialidad de la jornada, se une en muchas ocasiones la precariedad de su contratación, con lo que suele tratarse relaciones laborales doblemente atípicas, lo que ha dificultado desde siempre el acceso de las mujeres a las prestaciones del nivel contributivo de protección social.

Al respecto el RD 1251 contiene una disposición favorable al mantenimiento de los derechos de Seguridad Social durante el ejercicio de los derechos de conciliación reconocidos en la Ley 39/99; en su Art.4.2, tras repetir el régimen jurídico señalado para el cómputo de la carencia en el trabajo a tiempo parcial, establece su inaplicación "...a los trabajadores contratados a jornada completa que, no obstante, disfruten de los periodos descanso por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial..".

4.- Base reguladora y cuantía de la prestación. El subsidio especial por parto, acogimiento o adopción múltiple.

Tanto el Art.133 quater de la LGSS como el Art.3.1 y 6.1 del RD 1.251/2001 establecen que la cuantía de la prestación de maternidad, será el 100% de la base reguladora correspondiente a IT derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha del inicio del periodo de descanso. Durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la cuantía de la prestación se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral. En caso de pluriempleo, la base reguladora de la prestación de maternidad se determinará computándose todas las bases de cotización que en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización.

El RD 1.251/2001 no aporta nada nuevo a la normativa vigente sobre la forma de determinación de la base reguladora de la prestación de maternidad en el caso de trabajo a tiempo parcial, contenida en la Disposición Adicional 7ª.1 3º.a) LGSS y en el Art.5 del RD 144/1999 de 29 de enero, que como es sabido, establece una diferenciación entre la incapacidad temporal y la maternidad que, en términos generales supone un tratamiento desfavorable para esta última, tratamiento que no puede considerarse una violación del Art.11.3 de la Directiva 92/85/CEE que obliga a los Estados miembros a proteger la maternidad en forma "adecuada", entendiéndose que lo será "...cuando garantice - a sus beneficiarios- unos ingresos equivalentes como mínimo, a los que recibiría -el beneficiario- en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud...", pues la aplicación del tipo específico del 100% de la base reguladora en caso de maternidad, superior al que se aplica en caso de incapacidad temporal por enfermedad del 75%, excluye la posibilidad de que la primera puede resultar inferior a la segunda.

En caso de parto, acogimiento o adopción múltiples, los beneficiarios de la prestación de maternidad, tenían el derecho reconocido en la normativa de Seguridad Social desde 1967, a un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo, igual al que les corresponde recibir por el primero durante el periodo de descanso obligatorio (recuérdese, de seis semanas), sin embargo, los múltiples e importantes cambios normativos que ha venido experimentando la regulación de la prestación de maternidad, hicieron dudar a la doctrina de la vigencia y alcance de este subsidio, incluso puede encontrarse jurisprudencia contradictoria a este respecto hasta que el Art.11 del RD 1368/2000 sobre prestaciones de ayuda familiar por parto múltiple, reconoció la compatibilidad de ambas prestaciones.

El RD 1.251/2001 regula de nuevo esta prestación introduciendo dos importantes mejoras respecto de sus precedentes normativos. Señala que "En caso de parto múltiple o de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto.."o a partir en su caso de la resolución administrativa o judicial correspondiente.

DOCTRINA

Los beneficiarios de la prestación serán quienes lo sean de la prestación económica de maternidad, si bien únicamente podrá percibirse por uno de los progenitores, que en caso de maternidad biológica será determinado a opción de la madre y en caso de adopción o acogimiento será decidido de común acuerdo por los interesados. (Art.4.4 RD 1.251/2001). La mejora es notable ya que la anterior redacción, hacía a la madre única beneficiaria de esta prestación y, por ello, en caso de que esta no tuviera derecho a protección de maternidad, también se perdía el derecho a subsidio especial, aunque el padre reuniese los requisitos de acceso a la prestación ordinaria; con la nueva regulación si la madre no tiene acceso a la prestación de maternidad por insuficiente periodo de carencia pero el padre si la tiene, este podrá percibir la prestación por parto múltiple junto con la de maternidad; no será así cuando lo que se incumple es el requisito de alta, caso en el que no tendrán derecho ninguno de los dos a ninguna de las dos prestaciones.

Otra cuestión problemática que resuelve el RD 1251/2001, esta vez de manera desfavorable para su perceptor, es la relativa al régimen jurídico del reconocimiento del subsidio, solucionando el debate que se había suscitado sobre la normativa anterior, poco clara al respecto, sobre si el reconocimiento de la prestación debe hacerse de oficio o a solicitud del beneficiario; el RD se decanta por la necesidad de solicitud por parte del beneficiario (Art.13), con el efecto de que un retraso de más de tres meses en la presentación de la solicitud, acarrea su pérdida parcial o incluso total (Art.43 LGSS).

Por que respecta a su abono, el RD 1251 establece que será abonado en un solo pago, al término de las seis semanas posteriores al parto y en los adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial correspondiente.

5.- Dinámica y gestión de la prestación de maternidad. La responsabilidad empresarial por defectos en los actos de encuadramiento (afiliación, alta o cotización).

El derecho al subsidio nace, según establece el Art.7.1 del RD 1.251/2001, a partir del mismo día en que comienza el periodo de descanso correspondiente, previa solicitud en todo caso de su beneficiario, eliminándose así el principio de oficialidad que se aplicaba en el supuesto de que el beneficiario fuese la madre trabajadora y la maternidad fuese biológica (Art.18 de la OM de 1967 que el RD deroga).

El procedimiento para el reconocimiento del derecho se regula en el Art.13 del RD 1.251/2001 y comienza con la solicitud de parte del beneficiario (mediante modelo normalizado), que deberá contener el motivo de la misma, la fecha de inicio y la distribución prevista del periodo de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa o empresas en que prestan servicio si se tratase de trabajadores por cuenta ajena. Se ha criticado doctrinalmente que la opción en materia de distribución del descanso entre padre y madre, se tenga que hacer necesariamente en este momento ya que introduce rigidez excesiva a su régimen jurídico, además de una cierta incoherencia entre el requisito establecido en el Art.48.4 ET de que en el momento de hacer efectiva la opción "la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud" y la posibilidad de que el descanso se disfrute en forma simultánea por el padre y la madre; a este respecto el Art.13.3 del RD 1251 señala que "Cuando la madre haya ejercitado la opción a favor del padre, se presumirá salvo prueba en contrario, que la reincorporación de la madre al trabajo no supone riesgo alguno para su salud".

En los casos de maternidad, adopción, acogimiento con disfrute a tiempo parcial, en los que resulta necesario el acuerdo con el empresario, se acompañará a la solicitud el documento que acredite el previo acuerdo con el empresario; en caso de que padre y madre se acojan a esta posibilidad, cada uno deberá aportar dicho documento y si la distribución inicialmente acordada se modifica, dicha circunstancia deberá comunicarse a la Entidad Gestora de inmediato.

En el supuesto de disfrute materno, la solicitud se acompañará del informe de maternidad expedido por el correspondiente Servicio Público de Salud, debidamente completado con los datos que debe hacer constar la empresa, cuando se trate de trabajadoras por cuenta ajena, el libro de familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil, la certificación de cotizaciones a la Seguridad Social de la última o últimas empresas necesarias para acreditar la carencia o para determinar la cuantía de la prestación. El contenido del informe de maternidad y su forma de expedición se regulan en el Art.12 del RD.

Si el disfrute es paterno, además de estos documentos, se acompañarán a la solicitud, en el supuesto de fallecimiento de la madre, el certificado de defunción de esta, y en todo caso, los datos y justificantes relativos a la cotización del interesado y la certificación de la empresa en la que conste la fecha de inicio de la suspensión laboral.

DOCTRINA

En los supuestos de acogimiento y adopción, se deberán acompañar a la solicitud los documentos establecidos en el Art.13.4 del RD que demuestran la existencia de los mismos y por tanto, la de la situación protegida.

Una causa de interrupción del subsidio regulada en el Art.7.4 del RD 1251 es la relacionada con el derecho reconocido en el Art.48.4 del ET, para los supuestos en que por cualquier causa, por ejemplo parto prematuro, el hijo deba permanecer hospitalizado mas allá de las seis semanas de descanso obligatorio post parto para la madre. Con el objetivo de no agotar el permiso restante inútilmente, se señala que, en este caso, la percepción del subsidio podrá interrumpirse hasta que el hijo sea dado de alta hospitalaria, momento en el cual se volverá a percibir el subsidio interrumpido, en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción (Art.6.4 del RD).

Como ya hemos apuntado, la extinción del contrato de trabajo del beneficiario no será causa ni de suspensión ni de extinción del subsidio (Art.7.4 RD)

Serán causas de extinción del subsidio por maternidad, de conformidad con el Art.7.5 y 6 del RD 1251/2001, las siguientes:

- 1.- El transcurso de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso.
- 2.- La reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del periodo de descanso, teniendo en cuenta que no cabrá la reincorporación de la madre al trabajo, en caso de parto, hasta que hayan transcurrido las seis semanas posteriores a aquel, establecidas como de descanso obligatorio. Esta previsión no significa que sea renunciable el periodo de diez semanas de descanso posterior a las seis obligatorias, lo que viene a señalar es la incompatibilidad entre prestación y retribución en el caso de que el beneficiario se niegue a disfrutar el descanso que le corresponde y se reincorpore al trabajo.

También se establece el derecho a acrecimiento de tal forma que, en el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por el padre y la madre, la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso correspondientes, determinará el incremento de la parte que restase para completarlos a la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario.

- 3.- Señala el Art.7.5.d) del RD que el fallecimiento del beneficiario, será causa de extinción de la prestación "...salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas". Resulta poco comprensible la redacción de esta causa de extinción ya que, como hemos señalado, la prestación de maternidad es individual y autónoma para cada beneficiario, de tal forma que si el progenitor superviviente no cumpliera los requisitos establecidos para el acceso a la prestación, aunque el otro haya fallecido no podrá disfrutarla, por tanto el fallecimiento de su beneficiario causará la extinción en todo caso, y el nacimiento del derecho a la prestación del otro progenitor, siempre que este cumpla los requisitos de acceso a la misma, no la continuación de la anteriormente percibida por el fallecido.

- 4.- El fallecimiento del hijo o acogido "...con la salvedad de lo establecido en el párrafo 2 y 3 del Art.7.", precepto que viene a cubrir una laguna en la normativa anterior, que había sido muy criticada por la doctrina y establece que el fallecimiento del hijo biológico, no extingue la prestación hasta pasadas las seis semanas de descanso obligatorio, lo que significa el reconocimiento a la madre de un derecho al descanso subsidiado de al menos seis semanas en caso de fallecimiento del hijo, añadiéndose además (párrafo 3) que también tendrá la madre derecho a dicho descanso en el supuesto de aborto, cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el Art.30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno al menos durante 180 días (seis meses). Quedan por tanto sin protección específica los casos de aborto en embarazo inferior a ese plazo, que seguirán rigiéndose por la normativa anterior, es decir, tratándose como incapacidad laboral temporal derivada de enfermedad común. Es obvio, aunque el precepto lo señala de todas formas expresamente, que en estos casos, quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor de que el padre disfrute de una parte del periodo de descanso subsidiado.

El Art.133 quinquies LGSS y el Art.10 del RD 1251/2001 establecen que el derecho a la prestación podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiese actuado fraudulentamente para obtener o conservar la prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos descanso, "...salvo la percepción del subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial".

DOCTRINA

La gestión de la prestación se regula en la Disposición Adicional 11ª ter LGSS y en el Art.11 del RD 1.251/2001, en los mismos términos que la de riesgo durante el embarazo, es decir, encomendándola en exclusiva a la Entidad Gestora, sin posibilidad de colaboración alguna por parte de las empresas, ni por las Mutuas. El pago del subsidio se realizará por periodos vencidos.

En los mismos términos que la prestación del riesgo durante el embarazo, en el supuesto de que existieran defectos en los actos de encuadramiento (falta afiliación, alta o defectos trascendentales de cotización) el empresario será responsable del pago de la prestación, pero sin obligación de anticipo por parte de la Entidad Gestora en caso de ausencia de afiliación o alta, aunque si en caso de falta de cotización, es decir, se aplica el principio de automaticidad relativa.

6.- Las prestaciones por maternidad en los regímenes especiales de la Seguridad Social.

La Disposición Adicional 11ª bis LGSS establece que los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes del sistema, tendrán derecho a la protección por maternidad "...con la misma extensión y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General". Añade que "En el supuesto de trabajadores por cuenta propia, los periodos durante los cuales se tendrá derecho a percibir el subsidio por maternidad, serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los periodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena".

Sin embargo y de manera frontalmente ilegal el RD 1251/2001 excluye a los trabajadores por cuenta propia de la posibilidad de disfrutar el descanso por maternidad en régimen de tiempo parcial; señala el Art.2.3 que en el supuesto de trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales de la Seguridad Social, se considerarán situaciones protegidas la maternidad biológica, la adoptiva y el acogimiento, durante los periodos de cese de la actividad que sean coincidentes, tanto en lo relativo a su duración como a su distribución, con los periodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, "...excepto en lo que se refiere a la posibilidad de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, que únicamente será de aplicación a estos últimos trabajadores". Por si hubiera alguna duda el Art.4.5 del mismo RD establece que "...los trabajadores por cuenta propia de los distintos Regímenes Especiales del sistema de SS, no podrán ser beneficiarios del subsidio de maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial".

En mi opinión, el precepto de la LGSS es bastante claro y reconoce a los trabajadores por cuenta propia el derecho a percibir el subsidio por maternidad con la misma extensión, distribución y duración y en los mismos términos y condiciones que los trabajadores por cuenta ajena, por tanto, el régimen legalmente establecido, es abiertamente incompatible con la exclusión de los primeros de la posibilidad de percibirlo a tiempo parcial, realizada por una norma de inferior rango como es un Real Decreto, por tanto esta disposición del mismo es abiertamente ilegal.

De otro lado, en óptica de conciliación, la exclusión de las trabajadoras autónomas de la posibilidad de disfrutar el descanso por maternidad a tiempo parcial es altamente rechazable ya que si a algún tipo de profesionales es susceptible de favorecer esta opción, es precisamente a las trabajadoras por cuenta propia ya que esta forma de disfrute les permitiría seguir al frente de su negocio y hacerlo compatible con su maternidad. Probablemente, la exclusión tiene por objetivo evitar posibles fraudes que consistirían en solicitar la prestación a tiempo parcial y continuar trabajando a tiempo completo, pero esta sospecha no justifica en absoluto un régimen de exclusión, sino una intensificación del control.

En conclusión el RD 1251, constituye una norma necesaria para la aplicación de muchas de las cuestiones reguladas en la Ley39/99, que en algunos casos la ha aclarado, en otros ha cubierto lagunas importantes pero en algún otro, ha infringido claramente el principio de legalidad, lo que puede seguir ocasionando problemas interpretativos y de aplicación normativa. En todo caso, no ha solucionado, porque no era su función, muchos de los problemas que la doctrina había puesto de manifiesto sobre el régimen jurídico de la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales en nuestro ordenamiento que por lo tanto siguen pendientes tras la adopción tanto de la Ley 39/99 como de su desarrollo reglamentario.

BIBLIOGRAFÍA

Lousada Arochena, Fernando "La protección de la maternidad de la mujer trabajadora". En publicación por el Instituto de la Mujer. Madrid. 2002.

Rodríguez Escanciano, Susana "La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre". Revista de Trabajo y Seguridad Social. (Instituto de Estudios Financieros) nº 227 febrero 2002 pags. 79 ss.

LEGISLACIÓN

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL¹

Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional².

PREÁMBULO

Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,

Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado en los asuntos internos de otro Estado,

Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,

Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,

Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera, Han convenido en lo siguiente:

/.../

PARTE IV. DE LA COMPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA CORTE

/.../

Artículo 36

Condiciones que han de reunir los magistrados, candidaturas y elección de los magistrados

1. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2, la Corte estará compuesta de 18 magistrados.
2. a) La Presidencia, actuando en nombre de la Corte, podrá proponer que aumente el número de magistrados indicado en el párrafo 1 y señalará las razones por las cuales considera necesario y apropiado ese aumento. El Secretario distribuirá prontamente la propuesta a todos los Estados Partes;
- b) La propuesta será examinada en una sesión de la Asamblea de los Estados Partes que habrá de convocarse de conformidad con el artículo 112. La propuesta, que deberá ser aprobada en la sesión por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes, entrará en vigor en la fecha en que decida la Asamblea;
- c) I) Una vez que se haya aprobado una propuesta para aumentar el número de magistrados con arreglo al apartado b), la elección de los nuevos magistrados se llevará a cabo en el siguiente período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes, de conformidad con los párrafos 3 a 8 del presente artículo y con el párrafo 2 del artículo 37;
- II) Una vez que se haya aprobado y haya entrado en vigor una propuesta para aumentar el número de

¹ El texto del Estatuto de Corte Penal Internacional se ha obtenido de la página web de la Unión Europea, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico. Se publica parcialmente.

² El 1 de julio de 2002, con 76 ratificaciones y 139 firmas ha entrado en vigor. Ratificado por España en el año 2000 a través de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. (BOE núm 239, de 5 de octubre de 2000).

LEGISLACIÓN

magistrados con arreglo a los apartados b) y c) i), la Presidencia podrá en cualquier momento, si el volumen de trabajo de la Corte lo justifica, proponer que se reduzca el número de magistrados, siempre que ese número no sea inferior al indicado en el párrafo 1. La propuesta será examinada de conformidad con el procedimiento establecido en los apartados a) y b). De ser aprobada, el número de magistrados se reducirá progresivamente a medida que expiren los mandatos y hasta que se llegue al número debido.

3. a) Los magistrados serán elegidos entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países;
- b) Los candidatos a magistrados deberán tener:
 - I) Reconocida competencia en derecho y procedimiento penales y la necesaria experiencia en causas penales en calidad de magistrado, fiscal, abogado u otra función similar; o
 - II) Reconocida competencia en materias pertinentes de derecho internacional, tales como el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, así como gran experiencia en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte;
- c) Los candidatos a magistrado deberán tener un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte.
4. a) Cualquier Estado Parte en el presente Estatuto podrá proponer candidatos en las elecciones para magistrado de la Corte mediante:
 - I) El procedimiento previsto para proponer candidatos a los más altos cargos judiciales del país; o
 - II) El procedimiento previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para proponer candidatos a esa Corte.

Las propuestas deberán ir acompañadas de una exposición detallada acerca del grado en que el candidato cumple los requisitos enunciados en el párrafo 3;

- b) Un Estado Parte podrá proponer un candidato que no tenga necesariamente su nacionalidad, pero que en todo caso sea nacional de un Estado Parte;
- c) La Asamblea de los Estados Partes podrá decidir que se establezca un comité asesor para las candidaturas. En ese caso, la Asamblea de los Estados Partes determinará la composición y el mandato del comité.
5. A los efectos de la elección se harán dos listas de candidatos:

La lista A, con los nombres de los candidatos que reúnan los requisitos enunciados en el apartado b) I) del párrafo 3; y

La lista B, con los nombres de los candidatos que reúnan los requisitos enunciados en el apartado b) ii) del párrafo 3.

El candidato que reúna los requisitos requeridos para

ambas listas podrá elegir en cuál desea figurar. En la primera elección de miembros de la Corte, por lo menos nueve magistrados serán elegidos entre los candidatos de la lista A y por lo menos cinco serán elegidos entre los de la lista B. Las elecciones subsiguientes se organizarán de manera que se mantenga en la Corte una proporción equivalente de magistrados de ambas listas.

6. a) Los magistrados serán elegidos por votación secreta en una sesión de la Asamblea de los Estados Partes convocada con ese fin con arreglo al artículo 112. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 7, serán elegidos los 18 candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes;
 - b) En el caso de que en la primera votación no resulte elegido un número suficiente de magistrados, se procederá a nuevas votaciones de conformidad con los procedimientos establecidos en el apartado a) hasta cubrir los puestos restantes.
7. No podrá haber dos magistrados que sean nacionales del mismo Estado. Toda persona que, para ser elegida magistrado, pudiera ser considerada nacional de más de un Estado, será considerada nacional del Estado donde ejerza habitualmente sus derechos civiles y políticos.
8. a) Al seleccionar a los magistrados, los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya:
 - I) Representación de los principales sistemas jurídicos del mundo;
 - II) Distribución geográfica equitativa; y
 - III) Representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres;
- b) Los Estados Partes tendrán también en cuenta la necesidad de que haya en la Corte magistrados que sean juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños.
9. a) Con sujeción a lo dispuesto en el apartado b), los magistrados serán elegidos por un mandato de nueve años y, con sujeción al apartado c) y al párrafo 2 del artículo 37, no podrán ser reelegidos;
 - b) En la primera elección, un tercio de los magistrados elegidos será seleccionado por sorteo para desempeñar un mandato de tres años, un tercio de los magistrados será seleccionado por sorteo para desempeñar un mandato de seis años y el resto desempeñará un mandato de nueve años;
 - c) Un magistrado seleccionado para desempeñar un mandato de tres años de conformidad con el apartado b) podrá ser reelegido por un mandato completo.
10. No obstante lo dispuesto en el párrafo 9, un magistrado asignado a una Sala de Primera Instancia o una Sala de Apelaciones de conformidad con el artículo 39 seguirá en funciones a fin de llevar a término el juicio o la ape-

LEGISLACIÓN

lación de los que haya comenzado a conocer en esa Sala.
/.../

CUESTIONES DE GENERO EN EL ESTATUTO DE LA CPI

La adopción, el 17 de julio de 1998, del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), en vigor desde el pasado 11 de julio, ha supuesto un punto de inflexión en la evolución de la Sociedad Internacional contemporánea. La influencia de este revolucionario tratado internacional se proyecta sobre múltiples ámbitos, no en vano su inminente puesta en marcha significa un paso de gigante para la Humanidad, especialmente en lo relativo a la lucha contra la impunidad y el castigo de los responsables de la comisión de los más graves crímenes internacionales.

Entre los aspectos menos conocidos en los que el Estatuto incorpora importantes novedades nos interesa destacar aquí el tratamiento de las cuestiones relativas al género y la igualdad de sexos. De hecho, el propio Estatuto aclara que el término género "se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad" (art. 7.3). Aunque quizás la disposición más relevante es la que afecta a la composición de la Corte, el Estatuto ha desplegado a lo largo de todo su articulado un especial cuidado y sensibilidad al abordar algunos de los problemas que afectan a las mujeres, así como también a la infancia.

Prueba palpable de la anterior afirmación se encuentra en la decisión de introducir el género como criterio determinante en el procedimiento de selección de los 18 magistrados que compondrán la Corte. De hecho, es la primera vez en la que en el tratado constitutivo de un Tribunal Internacional trata de garantizar la igualdad en su composición mediante la exigencia de una "representación equilibrada de Magistrados hombres y mujeres" (art. 36.8. III). Varias son las razones que podrían explicar éste importante progreso.

En primer lugar en éste aspecto concreto, como en tantos otros, se aprecia la influencia de las más de 300 Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) presentes en Roma, que ejercieron una enorme presión sobre las delegaciones estatales. La contribución de las ONG's a la consecución del principio de igualdad es una demostración más del papel que vienen desempeñando como valedoras de la CPI y dinamizadoras de la opinión pública y los gobiernos.

En segundo lugar, la inclusión del género como índice en la elección de los magistrados puede haberse "beneficiado" de la experiencia de los Tribunales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda. Aunque los Estatutos de estos dos tribunales "ad hoc" nada disponen acerca de la presencia de mujeres en su estructura orgánica, la práctica forense ha demostrado la necesidad de contar con personal femenino (investigadoras, psicólogas, juristas etc.) para afrontar el enjuiciamiento de los crímenes internacionales relaciona-

dos con distintas formas de agresión sexual, y especialmente, para proteger a lo que técnica y neutralmente se denomina "personas que han sobrevivido a la violencia sexual" ("sexual assault survival"), y que en su inmensa mayoría son mujeres y niños.

Por último, la toma en consideración del género en la composición de la Corte no es un dato aislado, sino que obedece al intento del Estatuto de lograr el mejor de los equilibrios posibles entre los 18 magistrados, mediante la combinación de diferentes parámetros en el procedimiento de selección. Así, junto al género aparecen otros dos criterios, uno tradicional y obsoleto, consistente en que los magistrados sean representativos de los principales sistemas jurídicos y áreas geográficas (art. 36.8 i y ii) y el segundo, más original, que es el de la especialización. Al menos nueve de los magistrados deberán ser expertos en derecho penal, mientras que los siete restantes lo serán en derecho internacional (art. 36.3 y 5).

De lo anterior se desprende la vocación renovadora del Estatuto, que bien podría ser utilizado como modelo para determinar la composición de futuros órganos jurisdiccionales, tanto internos como internacionales, o para reformar los ya existentes. En otras palabras, la inclusión del género y la especialización evidencian la superación de las fórmulas tradicionales en la selección y elección de los miembros de las más altas instancias judiciales, a la par que sirve para recordarnos, una vez más, la nula o escasísima presencia de la mujer en los principales tribunales internacionales, por no mencionar el penoso panorama interno español.

Con todo, y sin menoscabo de su importancia, podemos formular tres críticas al modo en que el Estatuto de la CPI aborda la reforma en su composición y la presencia de la mujer. Primera, la indudable dificultad que tendrán los Estados para cumplir con todas las condiciones que han de reunir los magistrados (género, especialización, sistema jurídico, y procedencia geográfica) lo que obligará a múltiples combinaciones. Segunda, que "la representación equilibrada" es un concepto jurídico indeterminado, pero sin duda distinto del de cuotas rígidas, por lo que no se garantiza la absoluta paridad entre magistrados hombres y mujeres. Tercera, que desafortunadamente la exigencia de presencia femenina no se ha extendido a la institución de la Fiscalía, pese a que hubiera sido importante que al menos uno de los fiscales adjuntos fuera mujer, dado el importante papel que el Fiscal y sus colaboradores están llamados a desempeñar durante todo el proceso.

Para completar este panorama, repasaremos a continuación de manera sucinta otros aspectos del Estatuto relevantes en la resolución de cuestiones relacionadas con el género.

- Que entre los magistrados, que no necesariamente entre las mujeres magistrados, deberán contarse especialistas en temas relacionados con la violencia contra mujeres y niños (art. 37.8.b).
- Que en la parte dedicada al derecho aplicable, el Estatuto,

LEGISLACIÓN

al tipificar los crímenes de lesa humanidad considera como tales "la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable" (art. 7.1.g), conductas ignominiosas que también pueden tener la consideración de crímenes de guerra (art. 8.2.b. XXII).

- Que el Estatuto ha previsto la adopción de un conjunto de medidas de protección de las víctimas y los testigos a lo largo de las diferentes fases del proceso, en las que en la que se tendrá especialmente en cuenta el factor género, así como la índole del crimen "en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños" (art. 68.1). También está prevista la creación, a imagen y semejanza de lo dispuesto en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda, de una Dependencia de Víctimas y Testigos, bajo la dirección del Secretario de la CPI, que contará con "personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual" (art. 43.6).
- Que pese al silencio inicial del Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba han previsto posteriormente una serie de particularidades probatorias en los crímenes relacionados con violencia sexual, entre las que destaca la exclusión absoluta de la prueba del consentimiento de la

víctima (regla 70) y la inadmisibilidad de las pruebas relacionadas con el comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o el testigo (regla 71). Con ello la CPI dispone del soporte jurídico preciso para apartarse de pronunciamientos como los dictados por algunos tribunales internos en los que incomprensiblemente el consentimiento de la víctima se infiere de su silencio o de la falta de resistencia o se desacreditan testimonios por el comportamiento o los hábitos sexuales de las víctimas o los testigos. En suma, sólo cabe esperar que los avances teóricos se materialicen en la práctica. Toda vez que el Estatuto de la CPI ya está en vigor, la Asamblea de los Estados partes deberá proceder, lo antes posible, al nombramiento, mediante votación secreta y por mayoría de dos tercios de las delegaciones presentes y votantes, de los 18 magistrados, incluyendo obviamente los magistrados mujeres. Ojalá que previamente la delegación española sea capaz de proponer candidatos y candidatas, o al menos, de apoyar algunas de las candidaturas de los restantes Estados partes hasta lograr una verdadera representación equilibrada. Sería una buena forma de cambiar viejas y caducas prácticas y mentalidades. (DRA. MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ. PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

LEY 33/2002, DE 5 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE ARTÍCULO 28 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, DE 24 DE MARZO³. IGUALDAD DE REMUNERACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores consagra el principio de "igualdad de remuneración por razón de sexo". Sin embargo, su alcance se revela limitado al concepto técnico-jurídico de salario, ya sea en su modalidad de salario base o de complementos salariales, dejando fuera de su ámbito de aplicación otras percepciones económicas que el trabajador pueda recibir con ocasión de su contrato de trabajo.

Por su parte, el Derecho Comunitario, tanto originario como derivado, consagra el denominado "Principio de Igualdad de Retribución". Así sucede en el artículo 141 (antiguo artículo 119) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y en la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero. Ambos textos ofrecen un ámbito de aplicación material más amplio que el que sugiere nuestro Estatuto de los Trabajadores, interpretado en su literalidad. Así, las fuentes europeas garantizan expresamente que la satisfacción por parte del empresario de cualesquiera percepciones económicas, con independencia de su naturaleza salarial o extrasalarial, responderá al principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras.

Así las cosas, parece obligado transponer adecuadamente el Derecho Comunitario, modificando para ello el artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los

³ Publicada en el BOE núm. 161, de 6 de julio de 2002, p.24683.

LEGISLACIÓN

Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, de modo que, sustituyendo el principio de igualdad salarial hasta la fecha vigente, se incorpore expresamente el "principio de igualdad retributiva".

Artículo único.

El artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores queda redactado de la siguiente forma.

"Artículo 28. Igualdad de remuneración por razón de sexo.

El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella."

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Madrid, 5 de julio de 2002.

COMENTARIO A LA LEY 33/2002, DE 5 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 28 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, APROBADO POR EL RDLEG. 1/1995, DE 24 DE MARZO.

El derecho comunitario va teniendo una influencia cada vez mayor en la configuración de nuestro ordenamiento jurídico. De las directivas comunitarias se desprenden principios y reglas jurídicas que con frecuencia amplían los estándares de protección de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. Con independencia de que es obligada una interpretación de estos derechos conforme a los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España, por imperativo del art. 10.2 de la Constitución,⁴ hay que destacar la importante actividad del derecho comunitario en materia de discriminación sexual en el trabajo, lo que está obligando al

Estado Español a un reciclaje permanente en nuestro propio ordenamiento jurídico⁵.

Esta ley, tan breve que consta solamente de un artículo, tiene como objetivo la modificación de la redacción del art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la igualdad de remuneración por razón de sexo⁶. Y la Exposición de Motivos de la Ley razona la necesidad de modificar el art. 28 para adecuarlo a la redacción del art. 141 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea⁷.

La diferencia entre la redacción anterior y la que está vigente desde el día 6 de julio de 2002, es puramente semántica aunque sirve para ampliar considerablemente el contenido del derecho de igualdad. La redacción anterior hablaba de "retribución salarial", y la actual de "retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguna de los elementos o condiciones de aquella".

La comparación por tanto entre ambos preceptos indica que la reforma ha detallado de forma exhaustiva las posibilidades de agotar un concepto de salario real, que a diferencia del concepto técnico-jurídico de salario, haga referencia a la imposibilidad de discriminación por razón del sexo⁸.

Con independencia de que esta nueva redacción sea mas o menos afortunada en un plano técnico-jurídico, lo que interesa desde un punto de vista del análisis de género es si esta reforma era necesaria, es pertinente al momento actual de desarrollo de la igualdad de género, y sobre todo si va a ser efectiva. Sobre el punto de vista de su necesidad, nunca es suficiente el reconocimiento de la igualdad, pero lo cierto es que el correcto entendimiento del art. 14 de la Constitución ha favorecido desde el inicio una jurisprudencia que ha permitido interpretar el concepto de igualdad de la mujer en materia retributiva de forma suficiente. (por todas la sentencia 128/87 en materia de ayuda a guarderías). El Tribunal Constitucional entiende que de la inferioridad de la mujer en el acceso al mercado de trabajo no puede desprenderse una igualdad formal, sino una igualdad compensatoria, y abre la puerta a la discriminación positiva. Por otra parte, el art. 35 de la Constitución Española, cuya fuerza normativa es en este momento obvia, asegura con el propio concepto de "remuneración", la interdicción de la discriminación⁹.

⁴ El pf. 2 del artículo 10 de la Constitución Española dice que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Sobre el alcance de esta norma en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, M.L. Balaguer, "Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico". Tecnos. Madrid. 1997. Sobre su influencia hermenéutica en materia de cuotas, Teresa Freixes.

⁵ La reforma...

⁶ "El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo". Esta redacción vino impuesta en su momento por el Convenio 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, que había sido ratificada ya en 1967, aunque con poca efectividad como puede constatar. También la Directiva 75/117/CEE de 10 de febrero prohíbe la discriminación en materia salarial por razón de sexo.

⁷ Esta parece ser la verdadera razón de la modificación legislativa, pese a que en la Exposición de Motivos se habla también de la Directiva 75/117/CEE, ya que es evidente que esa directiva se tuvo en cuenta ya en la reforma del año 1995.

⁸ El concepto de salario viene definido en el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores como "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo" y el pf. segundo excluye del concepto de salario las cantidades correspondientes a transporte, dietas o indemnizaciones.

⁹ El art. 35 de la CE dice que "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso hacerse discriminación por razón de sexo".

LEGISLACIÓN

Puede decirse por tanto que la igualdad desde un punto de vista formal estaba ya en nuestro ordenamiento lo suficientemente protegida por los artículos 14 y 35 de la Constitución, y por la anterior redacción del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto desde este punto de vista la reforma no es necesaria.

Otra cosa es que sea pertinente y en términos de esa pertinencia la valoración mas importante es la política. La mujer, desde los poderes públicos, está empezando a ser moneda de cambio por su potencial caudal electoral. Las políticas de la mujer proliferan con la esperanza de captar el voto de la mujer so pretexto de que los derechos de la mujer están protegidos por todas las formaciones políticas. De ahí la publicación en los Diarios Oficiales de permanentes medidas de protección y la proliferación de organismos de defensa de las mujeres.

Finalmente si es útil o no la reforma queda contestado cuando se dice que la cobertura era suficiente. Pero ciertamente que una vez mas se ha perdido la ocasión de iniciar por fin, si es que de verdad se quiere hacer una política de género, la discriminación positiva en materia de igualdad, para iniciar el camino de la igualdad real, y no seguir en el desarrollo legislativo de una igualdad formal que está mas que protegida, pero cuya efectividad no se acaba de materializar. Las posibilidades de contratación de mujeres, la imposibilidad de despidos por maternidad, las licencia a maridos en maternidad, la igualdad real, ese es el verdadero camino, y no se sabe por qué, todavía no acaba de iniciarse.

(MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA).

REAL DECRETO 431/2002, DE 10 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DESTINOS DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL¹⁰. ASIGNACIÓN DE PUESTOS DURANTE LOS PERIODOS DE EMBARAZO Y LACTANCIA

La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, establece en su artículo 129.3 que reglamentariamente se determinarán las normas generales de clasificación y provisión de destinos.

Por otro lado, la citada Ley en su artículo 144, apartado 8, atribuye a un desarrollo reglamentario la regulación de los destinos que podrán ocupar los militares profesionales en situación de reserva, así como su carácter, régimen de asignación, tiempos de permanencia y condiciones y circunstancias en las que podrán desempeñar comisiones de servicio.

La Orden 120/1993, de 23 de diciembre, por la que se aprobaron las normas de clasificación y provisión de destinos del personal militar profesional sólo es de aplicación a los militares de carrera y a los militares de empleo de la categoría de Oficial, existiendo para el resto de los militares profesionales una normativa específica y diferenciada que hace necesario unificar en una nueva disposición, de carácter reglamentario, las normas generales de clasificación y provisión de destinos y de comisiones de servicio dentro de las directrices establecidas en la Ley 17/1999, de 18 de mayo.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Defensa, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 10 de mayo de 2002,

DISPONGO:

/.../

CAPÍTULO IV

Destinos

/.../

SECCIÓN 4.ª ASIGNACIÓN DE PUESTOS DURANTE LOS PERIODOS DE EMBARAZO Y LACTANCIA

Artículo 21. Asignación de puestos durante los períodos de embarazo y lactancia.

1. Durante el período de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado de gestación, sin que suponga pérdida del destino. Dicho puesto será preferentemente en su unidad, centro u organismo de destino y, de no existir ninguno compatible con su estado de gestación, se le asignará en otra unidad, centro u organismo, preferentemente en el mismo término municipal.
2. También podrá asignarse dicho puesto durante el período de lactancia por hijo menor de nueve meses, cuando la madre hubiera optado por solicitar reducción de la jornada laboral, siempre que sus ausencias por esta causa

¹⁰. Publicado en el BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2002, pp. 17131-17138. Se publica parcialmente.

LEGISLACIÓN

fuesen incompatibles con las necesidades del servicio del destino que ocupaba antes del embarazo.

3. El Ministro de Defensa determinará las condiciones en que se asignará dicho puesto.

**COMENTARIO AL REAL DECRETO 431/2002, DE
REGLAMENTO DE DESTINOS DEL PERSONAL
MILITAR PROFESIONAL.**

El Reglamento de destino del personal militar profesional contiene algunas normas de asignación de puestos durante los períodos de embarazo y lactancia. Así, se establece que "Durante el período de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado de gestación, sin que suponga pérdida del destino. Dicho puesto será preferentemente en su unidad, centro y organismo de destino y, de no existir ninguno compatible con su estado de gestación, se le asignará en otra unidad, centro u organismo, preferentemente en el mismo término municipal." A ello se añade que "También podrá asignarse dicho puesto durante el período de lactancia por hijo menor de

nueve meses, cuando la madre hubiera optado por solicitar reducción de la jornada laboral, siempre que sus ausencias por esta causa fuesen incompatibles con las necesidades del servicio del destino que ocupaba antes del embarazo."

No queda claro cuál es el sentido de estos preceptos, toda vez que, en su tenor literal, no parecen recoger tanto un derecho de la mujer militar, como una autorización a las autoridades militares para adoptar -o no- dichas medidas, dándose las circunstancias allí previstas. A pesar de ello, una interpretación de los mismos de acuerdo con la Constitución y, especialmente, con el art. 9.2 y 14 CE, convertirían su contenido en derechos de la mujer.

Finalmente, se establece que los militares a quienes, con carácter temporal, les sea de aplicación lo que se establece en el Reglamento para los períodos de embarazo y lactancia, no podrán ser destinados por el procedimiento de turno especial, establecido para cubrir en determinadas condiciones las vacantes en que se den circunstancias especiales de penosidad o peligrosidad. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ. Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga).

**LEY 6/2002, DE 25 DE ABRIL, DE MEDIDAS RELATIVAS A LA
CONCILIACIÓN DEL TRABAJO CON LA VIDA FAMILIAR DEL PERSONAL DE
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CATALANAS Y DE MODIFICACIÓN DE
LOS ARTÍCULOS 96 Y 97 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/1997¹¹.
PERMITE A LOS FUNCIONARIOS CATALANES REDUCIR UN TERCIO DE SU
JORNADA CONSERVANDO EL 100% DE SU SUELDO SI ADOPTAN O
TIENEN UN NIÑO O NIÑA MENOR DE UN AÑO.**

EL PRESIDENTE DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

Sea notorio a todos los ciudadanos que el parlamento de cataluña ha aprobado y yo, en nombre del rey y de acuerdo con lo que establece el artículo 33.2 del estatuto de autonomía de cataluña, promulgo la siguiente ley 6/2002, de 25 de abril, de Medidas Relativas a la Conciliación del Trabajo con la Vida Familiar del Personal de las Administraciones Públicas Catalanas y de modificación de los artículos 96 y 97 del Decreto Legislativo 1/1997.

PREÁMBULO

La Unión Europea ha establecido una serie de principios para conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres en los ámbitos económico, social y cívico. Dicha igualdad

supone la necesidad de introducir en la legislación nuevos instrumentos encaminados a la conciliación de la vida familiar con la laboral, sin discriminación por razón de sexo, con el fin de fomentar una participación más equilibrada de las personas de ambos sexos en dichos ámbitos, que se materializa especialmente en la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio, que regula el permiso parental en los casos de nacimiento o adopción de un niño.

Por otra parte, la Constitución española establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1), el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación (artículos 14 y 9.2).

De acuerdo con este contexto comunitario y constitucional, se considera necesario establecer una serie de medidas para favorecer la conciliación del trabajo del personal al servicio

¹¹. Publicada en el BOE núm. 115, de 14 de mayo de 2002, pp. 17384-17387.

LEGISLACIÓN

de las Administraciones Públicas catalanas con la vida familiar, en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo de un o una menor, así como para cuidar a personas en situación de dependencia.

La garantía constitucional de la seguridad jurídica; la amplitud de los sectores a los que la Ley intenta proteger; el paso adelante que ésta significa en la consolidación del estado social y las políticas del bienestar, aunque sólo sea para el personal al servicio de las Administraciones Públicas catalanas, y la función pedagógica del Parlamento para con la sociedad, para que las medidas adoptadas por la presente Ley con la finalidad de conciliar la vida familiar con la laboral puedan extenderse gradualmente a todos los trabajadores por cuenta ajena, son las razones que aconsejan integrar las recientes reformas del artículo 97 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el cual se aprueba la refundición en un único texto de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, efectuada por las leyes 4/2000 y 21/2001, de Medidas Fiscales y Administrativas, en una sola norma. En consecuencia, el artículo 2, que constituye el núcleo fundamental de la Ley, da una redacción única y armónica al citado artículo 97 del Decreto Legislativo 1/1997.

Razones de técnica jurídica y de armonización del Decreto Legislativo en el que se inserta justifican el artículo 1, que modifica congruentemente el artículo 96. Acompañan la Ley unas disposiciones adicionales que condicionan algunas políticas sectoriales y la actuación de la Generalidad en el resto del sector público no afectado directamente por la Ley; una disposición transitoria; una disposición derogatoria única, no imprescindible pero recomendable para garantizar la seguridad jurídica de los administrados y de las personas que han de aplicar la norma, y las inevitables disposiciones finales.

En concreto, mediante la presente Ley se amplía el permiso que se otorga en los casos de nacimiento de un hijo o hija hasta cinco días, y dicho permiso se hace extensivo expresamente a los casos de adopciones o acogimientos permanentes o preadoptivos.

No obstante, la principal novedad consiste en la introducción del derecho de los funcionarios y del resto de personal afectado a percibir el 100 por 100 de la retribución en el supuesto de reducción de un tercio de la jornada de trabajo para cuidar a un o una menor hasta que cumpla un año.

Esta innovación supone una regulación integral de la reducción de jornada de trabajo por guarda legal, en el sentido de que también se mantiene la actual regulación de reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo para cuidar a un hijo o hija menor de seis años, o de una persona disminuida psíquica, física o sensorial que no realice ninguna actividad retribuida, con derecho a percibir el 80 por 100 y el 60 por 100 de la retribución, respectivamente, de acuerdo con la regulación establecida por la Ley

20/2001, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el 2002.

La nueva regulación se realiza, pues, a través de la modificación de los artículos 96 y 97 del Decreto Legislativo 1/1997, norma que es también de aplicación a las Universidades y Corporaciones locales. Este nuevo enfoque va más allá de las actuales disposiciones para favorecer la conciliación del trabajo con la vida familiar, tanto estatales como de la Administración de la Generalidad, las cuales han comportado especialmente la flexibilización del permiso de maternidad, reducciones de jornada de trabajo y la introducción de la excedencia para cuidar a familiares. Por dichas razones, la disposición adicional quinta extiende la aplicación de los preceptos de la presente Ley al personal sometido a régimen estatutario, para que todo el personal al servicio de la Administración catalana pueda beneficiarse de los derechos reconocidos.

En definitiva, mediante esta nueva regulación se pretende dar otro paso en este contexto constitucional y comunitario, e intensificar los esfuerzos de las distintas Administraciones Públicas para favorecer la natalidad, las adopciones y los acogimientos, y alcanzar un nivel más alto de participación del personal a su servicio en la vida familiar, que, a su vez, pueda compaginarse con el trabajo. Se trata, en definitiva, de la implantación de un nuevo instrumento, que no es de carácter substitutivo sino complementario, de las políticas públicas de apoyo a la conciliación de la vida laboral con la familiar.

Artículo primero. Primera modificación del artículo 96 del Decreto Legislativo 1/1997.

1. Se modifica el artículo 96.1.a) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el cual se aprueba la refundición en un único texto de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, que queda redactado de la siguiente forma:

a) En los supuestos de nacimiento y adopción o acogimiento permanente o preadoptivo de un o una menor, cinco días.

2. Se añade una letra f) al artículo 96.1 del Decreto Legislativo 1/1997, con el siguiente texto:

f) Por la muerte, el accidente, la enfermedad grave o la hospitalización de un o una familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, dos días si el suceso se produce en la misma localidad y hasta cuatro días si se produce en otra localidad.

Artículo segundo. Tercera modificación del artículo 97 del Decreto Legislativo 1/1997.

Se modifica el artículo 97 del Decreto Legislativo 1/1997, incluido el título, que queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 97. Especificidades de los permisos por lactancia, guarda legal, maternidad, adopción y acogimiento, y para cuidar a personas en situación de dependencia.

LEGISLACIÓN

1. Los funcionarios con un hijo o hija menor de nueve meses tienen derecho a un permiso de una hora diaria de ausencia del trabajo por lactancia; dicho período de tiempo puede ser dividido en dos fracciones. Si el padre y la madre son funcionarios, sólo uno de ellos puede ejercer este derecho.
2. Los permisos por guarda legal, adopción y acogimiento, y para cuidar a personas en situación de dependencia, tienen las siguientes especificidades:
 - a) Los funcionarios que por razón de guarda legal cuidan directamente a un niño o niña menor de seis años, o a una persona disminuida psíquica, física o sensorial que no realiza ninguna actividad retribuida, así como los que tienen a su cargo directo a un o una familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una incapacidad o disminución reconocida de más del 65 por 100, que depende de ellos y que requiere una dedicación especial tienen derecho a una reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo, percibiendo el 80 por 100 o el 60 por 100 de la retribución íntegra, respectivamente.
 - b) En el supuesto de reducción de un tercio de la jornada de trabajo por razón de guarda legal de un niño o niña, los funcionarios tienen derecho a percibir el 100 por 100 de la retribución hasta que el niño o niña tenga un año como máximo. Para obtener dicha reducción de jornada de trabajo, el funcionario o funcionaria ha de presentar la solicitud a partir del momento en que se reincorpora al trabajo después del permiso por maternidad que regula el apartado 4.
 - c) En los supuestos de adopción o acogimiento permanente o preadoptivo de un niño o niña menor de tres años, en caso de reducción de un tercio de la jornada de trabajo, los funcionarios tienen derecho a percibir el 100 por 100 de las retribuciones durante dieciséis semanas, contadas a partir de la finalización del permiso al que se refiere el apartado 5.a).
 - d) El régimen retributivo establecido por las letras a), b) y c) es de aplicación exclusivamente a los supuestos que en éstos se mencionan y no puede hacerse extensivo a ningún otro tipo de reducción de jornada establecido por la normativa de función pública.
3. En casos debidamente justificados, por incapacidad física, psíquica o sensorial de un o una familiar hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, también se puede pedir una reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de las retribuciones. Excepcionalmente, y con la valoración previa de las circunstancias concurrentes en cada caso, también pueden pedir la reducción de jornada de trabajo los funcionarios que tienen a su cargo directo a un o una familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que requiera una especial dedicación. A estos efectos, el departamento competente en materia de función pública ha de establecer los criterios de concesión de dicha reducción de jornada de trabajo.
4. En caso de parto, para el permiso de maternidad han de tenerse en cuenta las siguientes especificidades:
 - a) Las funcionarias tienen derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables, en caso de parto múltiple, a dos semanas más por cada hijo o hija a partir del segundo. El permiso se distribuye a opción de la funcionaria, siempre que seis de las semanas de permiso sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de muerte de la madre, el padre puede hacer uso de la totalidad del permiso o, si procede, de la parte restante.
 - b) No obstante lo dispuesto por la letra a), y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre, en caso de que la madre y el padre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, puede optar porque el padre disfrute de una parte determinada y ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, de forma simultánea o sucesiva al de la madre, excepto que en el momento de hacerse efectivo la incorporación al trabajo de la madre implique riesgo para su salud.
 - c) La opción, ejercida por la madre al iniciarse el período de descanso por maternidad, en favor del padre, a fin de que éste disfrute de una parte del permiso, puede ser revocada por la madre si suceden hechos que convierten en inviable la aplicación de esta opción, como la ausencia, la enfermedad, el accidente del padre, o el abandono de la familia, la violencia u otras causas equivalentes, salvo que los tres últimos casos citados sean imputables a la madre.
5. En los supuestos de permisos de trabajo por adopción o acogimiento han de tenerse en cuenta las siguientes especificidades:
 - a) En caso de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, el permiso tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por hijo o hija a partir del segundo, contadas, a elección de la funcionaria o funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la cual se constituye la adopción. La duración del permiso es, así mismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogida de menores de más de seis años, si se trata de niños o niñas discapacitados o minusválidos, o en los casos en que, por sus circunstancias y experiencias personales o porque provienen del extranjero, tienen especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

LEGISLACIÓN

- b) En caso de que la madre y el padre trabajen, el permiso ha de distribuirse a opción de los interesados, que lo pueden disfrutar de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos. En los casos en que disfruten simultáneamente de períodos de descanso, la suma de los períodos no puede exceder las dieciséis semanas que establece la letra a) o las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple.
- c) En los supuestos de adopción internacional, si es necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del niño o niña adoptado, el permiso establecido para cada caso en este apartado se puede iniciar hasta cuatro semanas antes de la resolución por la cual se constituye la adopción.
6. En los casos de nacimiento de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, éstos tengan que permanecer hospitalizados después del parto, la funcionaria o funcionario tiene derecho a ausentarse del lugar de trabajo hasta un máximo de tres horas diarias, percibiendo las retribuciones íntegras. En dichos supuestos, el permiso de maternidad puede computarse, a instancia de la madre o, en caso de que ella falte, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de este cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre.
7. Han de tenerse en cuenta las necesidades especiales de los funcionarios que tienen hijos con discapacidad psíquica, física o sensorial, a los cuales funcionarios ha de garantizarse, como mínimo, más flexibilidad horaria, que les permita conciliar los horarios de los centros de educación especial u otros centros donde el hijo o hija discapacitado reciba atención, con los horarios de los propios puestos de trabajo, teniendo en cuenta la situación del domicilio familiar. A dichos efectos, el funcionario o funcionaria disfruta de dos horas de flexibilidad horaria diaria.
8. Puede otorgarse también a los funcionarios con hijos discapacitados un permiso retribuido para asistir a reuniones de coordinación ordinaria con finalidades psicopedagógicas con el centro de educación especial o de atención precoz donde reciba tratamiento el hijo o hija, o bien para acompañarlo si ha de recibir apoyo adicional en el ámbito sanitario.
9. La concesión de las reducciones de jornada que regula el presente artículo es incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad económica, remunerada o no, durante el horario objeto de la reducción.
10. En los casos en que la concesión de la licencia al funcionario o funcionaria, por razón de mando, afecte al rendimiento del trabajo de otros funcionarios, han de tomarse las medidas oportunas para garantizar una adecuada prestación del servicio.

Disposición adicional primera

Se faculta al Gobierno para que dicte, en un plazo máximo de cuatro años, las disposiciones necesarias para ampliar progresivamente el tiempo durante el cual se puede disfrutar de la reducción de jornada con derecho a percibir el 100 por 100 de las retribuciones, establecida ahora por el artículo 97.2.b) del Decreto Legislativo 1/1997, hasta el máximo de un año, contado a partir del momento en que finalice el permiso de maternidad.

Disposición adicional segunda

En los supuestos de reducción de jornada derivada de la aplicación de la presente Ley, se pueden efectuar nombramientos a tiempo parcial para cubrir la parte de jornada no realizada.

Disposición adicional tercera

El Gobierno ha de tener en cuenta especialmente las funciones del personal docente, y ha de adoptar las medidas necesarias para minimizar el impacto de la presente Ley en la correcta prestación del servicio docente.

Disposición adicional cuarta

Las disposiciones de la presente Ley son de aplicación al personal laboral que presta servicio a las Administraciones Públicas catalanas en virtud de la negociación colectiva que realicen.

Disposición adicional quinta

Las disposiciones de la presente Ley son de aplicación al personal estatutario. En este sentido, el Departamento de Sanidad y Seguridad Social ha de adoptar, en el plazo máximo de tres meses, las medidas oportunas para adecuar la prestación del servicio a las presentes disposiciones.

Disposición adicional sexta

En el supuesto de que dos personas que prestan sus servicios en el sector público, en cualquier régimen, generen por el mismo hecho causante el derecho a las reducciones de jornada y los permisos que reconoce el artículo 2, sólo puede disfrutarlos una de ellas. No obstante, este derecho puede ser ejercido por las dos personas alternativamente mientras se mantenga el hecho causante.

Disposición transitoria

En el supuesto de personas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley que ya tengan concedida la reducción de jornada regulada por el artículo 97.2 del Decreto Legislativo 1/1997, tienen derecho a percibir automáticamente las retribuciones que establece esta Ley a partir de su entrada en vigor y durante el tiempo que les quede de reducción de jornada, sin que tengan que solicitarlo nuevamente.

Disposición derogatoria

Los preceptos de la presente Ley sustituyen al artículo 97 del Decreto Legislativo 1/1997 y las modificaciones y adiciones incorporadas por las leyes 4/2000 y 21/2001, y, por consiguiente, los derogan.

Disposición final primera

Se autoriza al Gobierno para que dicte las normas de carácter reglamentario necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente Ley.

LEGISLACIÓN

Disposición final segunda

La presente Ley entra en vigor el día 1 del mes siguiente al de su publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*.

(Publicada en el Boletín Oficial de la Generalidad de Cataluña número 3626, de 30 de abril de 2002).

COMENTARIO A LA LEY 6/2002 DEL PARLAMENTO CATALAN SOBRE CONCILIACION VIDA FAMILIAR

La Ley catalana 6/2002, de 25 de abril, de Medidas Relativas a la Conciliación del Trabajo con la Vida Familiar del Personal de las Administraciones Públicas Catalanas y de modificación de los artículos 96 y 97 del Decreto Legislativo 1/1997 supone un importante paso adelante dentro de las políticas dirigidas a la consecución de la igualdad de género.

No cabe duda de que uno de los ámbitos susceptibles de generar en mayor medida situaciones discriminatorias para la mujer respecto del hombre sigue siendo, precisamente, el de las necesidades generadas por la vida familiar. En tanto que los usos sociales generalizados hacen recaer en mayor medida sobre la mujer dicha carga, ello la sitúa en clara desventaja frente al hombre en relación, no sólo con su desarrollo y expectativas profesionales, sino incluso con su propia vida personal y familiar. Por este motivo, aquellas medidas dirigidas a lograr una más fácil conciliación entre las necesidades personales y profesionales de los trabajadores y trabajadoras, cuando, como es éste el caso, son establecidas sin discriminación por razón de sexo, y permiten e, incluso, fomentan la progresiva equiparación en dichas tareas del hombre y la mujer, constituyen un avance dentro de las políticas de igualdad.

En el caso de la Ley que ahora comentamos, el avance mencionado posee un limitado alcance subjetivo que se concreta en el personal de las Administraciones Públicas de

Cataluña, limitación fundamentalmente debida a razones de tipo competencial. Pese a todo, consideramos que puede suponer un ejemplo a seguir para otras Administraciones.

Entre las medidas adoptadas por la Ley destaca en primer lugar la ampliación del permiso que se otorga en los casos de nacimiento de un hijo o hija hasta cinco días, y la extensión del mismo también a los supuestos de adopción o acogimiento permanente o preadoptivo de una menor. Asimismo, se establece que los funcionarios con un hijo o hija menor de nueve meses tienen derecho a un permiso de una hora diaria de ausencia del trabajo por lactancia. Se da la circunstancia de que, para tales casos, se dispone que cuando el padre y la madre sean funcionarios sólo uno de ellos podrá disfrutar de tal derecho. Por este motivo, sensu contrario, cabe deducir la compatibilidad de tal permiso con el equivalente que pudiera disfrutar el padre o la madre que no fuera funcionario.

Sin embargo, una de las disposiciones de carácter más innovador es la que permite la reducción de un tercio de la jornada de trabajo por razón de guarda legal de un niño o niña de hasta un año de edad, con derecho a percibir el salario íntegro, sin reducción alguna. De este modo se hace frente al principal obstáculo con el que se encuentran quienes desean reducir su jornada laboral durante el primer año de vida de su hijo: la reducción del salario. Para estos casos es de aplicación la Disposición adicional sexta, que hace nuevamente inviable el disfrute simultáneo de tal derecho cuando el padre como la madre son funcionarios.

Además de las ya mencionadas, La Ley contiene numerosas medidas acerca de permisos por razón de parto, guarda legal, adopción y acogimiento, o para cuidar a personas en situación de dependencia. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ. Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga).

LEY 11/2002, DE 27 DE JUNIO DE 2002, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 5/1986, DE 23 DE DICIEMBRE, ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA¹²

Las Cortes de Castilla-La Mancha han aprobado y yo, en nombre del Rey, promulgo la siguiente Ley

PREÁMBULO

La lucha por la conquista de los derechos civiles y políticos, y su extensión a todos los ciudadanos y ciudadanas, ha sido una constante a lo largo de los últimos siglos. La Comunidad de Castilla-La Mancha quiere ser parte activa en esta causa que viene modificando poderosa y positivamente la faz y el espíritu de nuestras sociedades.

La diferencia entre sexos ha estado marcada históricamente

por el sometimiento de la mujer al hombre, siendo origen de desigualdad, de discriminaciones y de empobrecimiento. Averroes hace ya casi mil años denunciaba este mal: "Nuestro estado social no deja ver lo que de sí pueden dar las mujeres ... y de ahí proviene la miseria que devora nuestras ciudades."

La incorporación de las mujeres a todos los ámbitos de la vida social, económica, cultural y política, con igualdad de derechos y obligaciones, se ha convertido en un eficaz motor de progreso.

Las Cortes de Castilla-La Mancha representan al pueblo de

¹² Publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 79, de 28 de junio de 2002, pp. 9975-9976. Se publica parcialmente. Publicada posteriormente en el BOE núm. 169, de 16 de julio de 2002, pp. 25859-25860.

LEGISLACIÓN

la Región, compuesto, concretamente, por 881.766 mujeres y 873.287 hombres.

El artículo 4.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha obliga a propiciar la efectiva igualdad del hombre y la mujer, y la presente ley promueve de un modo eficiente que las Cortes de la Región se integren de modo paritario por personas de ambos sexos.

La igualdad formal del artículo 14 de la Constitución Española queda a salvo en la presente ley ya que la prohibición de discriminación por razón de sexo "ha de ser interpretada sistemáticamente con otros preceptos, en particular, con el 9.2 de la Constitución Española que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva" (STC 28/1992, F.J. 3º).

"La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un 'derecho desigual igualatorio', es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes, para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre

las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres" (STC, 229/1992 F.J. 2º).

ARTÍCULO UNO

Se añade un nuevo apartado 1 bis al artículo 23 de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha, con la siguiente redacción:

Para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, alternarán hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. La Junta Electoral solo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes.

/.../

DISPOSICIÓN FINAL.

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

LEY 6/2002 DE 21 DE JUNIO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 8/1986, DE 26 DE NOVIEMBRE, ELECTORAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS¹²

Sea notorio a todos los ciudadanos que el Parlamento de las Illes Balears ha aprobado y yo, en nombre del Rey, y de acuerdo con lo que se establece en el artículo 27.2 del Estatuto de Autonomía, tengo a bien promulgar la siguiente:

LEY

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución Española en el artículo 1 apartado primero, tras proclamar el estado social y democrático de derecho, propugna como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.

La igualdad destaca como el primero de los derechos recogidos en el extenso elenco de derechos y libertades previsto en el capítulo II del título I de la Constitución. El propio artículo 23, sobre el derecho fundamental de acceso a los cargos y las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, supone una clara traslación del principio de igualdad reconocido en el artículo 14.

La apreciación del contenido del principio de igualdad y sus manifestaciones, tal y como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha evolucionado sensi-

blemente. Así, desde la consideración inicial de la igualdad como la prohibición de cualquier tipo de diferencia, se ha pasado a considerar el criterio de la discriminación razonable, al objeto de evaluar la necesidad de establecer algunas diferenciaciones sobre la base de unos hechos concretos para acabar, finalmente, admitiendo algunos casos de la denominada discriminación positiva.

La escasa representación de las mujeres en los órganos de decisión es, entre otros motivos, el resultado de su tardío acceso a la igualdad cívica y civil, así como de los obstáculos para la realización de su independencia económica y de las dificultades para conciliar la vida profesional y la familiar.

Muchos han sido y son los esfuerzos internacionales y europeos encaminados a paliar esta circunstancia. Entre ellos se deben citar la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como las actuaciones desarrolladas por la Unión Europea, de las que se puede destacar, por su especificidad en la materia, la recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisiones.

A pesar de todos los esfuerzos, los progresos son lentos, y la débil representación de las mujeres en los puestos de

¹² Publicada en el Boletín Oficial de las Illes Balears núm. 79, de 2 de julio de 2002, pp. 10785-10786.

LEGISLACIÓN

decisión constituye una pérdida para el conjunto de la sociedad, que puede impedir que se tengan en cuenta de forma plena los intereses y las necesidades del conjunto de la población. Así, una participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisiones es un requisito democrático, y puede generar diferentes ideas, valores y comportamientos en el sentido de alcanzar una sociedad más justa y equilibrada.

El artículo 9.2 de la Carta Magna recoge con rotundidad que es tarea de todos los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

Los poderes públicos de esta comunidad autónoma, dando cumplimiento al mandato del artículo 9.2 de la Constitución, consideran necesaria y legítima una intervención por vía legislativa al objeto de reducir esta situación de inferioridad. Así, con la reforma de la normativa electoral autonómica que hoy se presenta, se pretende, con una medida pionera en el Estado español, pero que ya ha sido utilizada en el derecho comparado europeo, en concreto por la Asamblea Nacional Francesa, facilitar al máximo el acceso igual de hombres y mujeres al mandato electoral y, por tanto, a las funciones electivas.

La reforma consiste en una modificación puntual de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la comunidad autónoma; en concreto, la modificación de los artículos 16 y 17, a fin de posibilitar una presencia equilibrada de hombres y mujeres en las candidaturas electorales al Parlamento de las Illes Balears, sin obviar por ello el trascendental papel que en esta materia juegan los partidos políticos que, como cauces de la participación política, estructurados y organizados de forma democrática, deben interiorizarla y aplicarla a la hora de confeccionar las correspondientes candidaturas.

La finalidad última de esta reforma es propugnar una verdadera democracia de género, apostando por una medida de acción positiva, que rompa con la dinámica actual al tiempo que suponga el revulsivo necesario para que sea realidad la participación equitativa de la mujer en la vida política.

Artículo 1

El artículo 16 de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la comunidad autónoma de las Illes Balears, pasa a tener la siguiente redacción:

"Artículo 16.

1. En cada circunscripción la junta electoral de zona correspondiente es la competente para todas las actuaciones previstas en relación con la presentación y proclamación de las candidaturas.

2. Para presentar candidaturas, las agrupaciones de electores necesitarán, por lo menos, la firma del 1% de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción. Cada elector solamente podrá apoyar a una agrupación electoral.
3. La presentación de candidaturas deberá realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo día posterior a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción y, además, tres suplentes en las candidaturas de once o más diputados, y dos en las restantes, expresando el orden de colocación de todos ellos.
4. Con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad en la participación política, las candidaturas electorales deberán contener una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa.
5. Junto al nombre de los candidatos puede hacerse constar su condición de independiente o, en caso de coaliciones electorales, la denominación del partido al que pertenezca cada uno.
6. No pueden presentarse candidaturas con símbolos que reproduzcan la bandera o el escudo de la comunidad autónoma, de los consejos insulares o de los ayuntamientos."

Artículo 2

El artículo 17 de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la comunidad autónoma de las Illes Balears pasa a tener la siguiente redacción:

"Artículo 17.

1. Las juntas electorales de zona inscribirán las candidaturas presentadas, haciendo constar la fecha y hora de la presentación y expedirán un documento acreditativo de este trámite. El secretario otorgará un número correlativo a cada candidatura, según el orden de presentación, y este orden se guardará en todas las publicaciones.
2. Toda la documentación se presentará por triplicado. El primer ejemplar quedará en la junta electoral de zona, el segundo se remitirá a la Junta Electoral de las Illes Balears, y el tercero se devolverá al representante de la candidatura, haciendo constar en el mismo la fecha y hora de la presentación."

Disposición derogatoria

Quedan sin efecto cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo que dispone esta ley.

Disposición final

Esta ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Butlletí Oficial de les Illes Balears.

COMENTARIO A LAS LEYES 11/2002, DE CASTILLA-LA MANCHA Y 6/2002 DE BALEARES

Con una escasa diferencia en el tiempo, publican los Diarios Oficiales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La

LEGISLACIÓN

Mancha y de las Islas Baleares, dos leyes de paridad electoral en el ámbito de sus respectivas competencias.

Las dos leyes tienen en común que son muy breves, solamente dos artículos, y con una regulación de esta paridad en unas breves líneas que modifican la presentación de las listas a las Juntas Electorales en forma de alternancia de género.

La ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, ley 11/2002, de 27 de junio publicada en el DOCM de 28 de junio, consta como se dice, de solamente dos artículos, un Preámbulo y una disposición final de entrada en vigor.

El Preámbulo justifica la necesidad de la ley sobre todo por la exigencia de promover la integración paritaria en esa Comunidad, en base al art. 4.3 de su Estatuto de Autonomía.

Para ello justifica su constitucionalidad aunque no se refiera a ello de forma explícita, en la conexión entre el art. 14 de la CE con el art. 9.2 y con la avanzada jurisprudencia del TC en materia de discriminación positiva.

La redacción es bien sencilla aunque de repercusiones prácticas muy profundas. El artículo primero dice que "para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, alternarán hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares."

Por su parte, la ley 6/2002, de 21 de junio, BOIB de 2 de julio de 2002, también regula de forma muy breve la exigencia de paridad en las candidaturas. De los dos artículos, el pf. 4 del artículo 1º de forma muy parecida a la ley anterior determina que "con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad en la participación política, las candidaturas electorales deberán contener una presentación equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa".

También la Exposición de Motivos presenta similitudes con el Preámbulo de la ley de Castilla-La Mancha. La relación entre el art. 14 y el art. 9.2 de la Constitución, la exigencia de la participación de la mujer en la política, y alguna invocación a resoluciones internacionales y europeas, justificarían la necesidad y la constitucionalidad de la ley.

Como se ve no estamos ante una versión indirecta de la paridad, que intenta, al modo de la modificación de la ley electoral francesa, el fomento de las candidaturas de mujeres mediante bonificaciones a las listas o la penalización con reducción de las aportaciones económicas a los partidos. Se trata por el contrario de la medida más dura que se puede adoptar en relación con la paridad en cuanto que se exige además la presentación "cremallera" es decir que a cada

hombre siga una mujer o al contrario en la articulación de las listas.

Con independencia del acierto político de todas las medidas que se adoptan hoy en relación con el problema del género, dado el volumen del voto de las mujeres como grupo político que constituye más de la mitad del electorado, las consecuencias jurídicas que tengan estas dos leyes electorales, permiten una primera lectura con la cautela y el sosiego que exigen medidas de esta naturaleza.

Se trata de una ley que supera en mucho la posición actual de la doctrina del derecho constitucional, tanto científica como jurisprudencial. La literatura científica que en su momento se planteó hasta la posibilidad de la inconstitucionalidad de medidas bastante más reducidas que estas, tanto cuantitativamente, (porcentajes del 25, 33 o el 40%), como desde el punto de vista de su implantación condicional, progresiva y proporcional además de temporal. Ciertamente que algunas de esas posiciones iniciales mediatizadas además por el contexto del derecho comparado, (resolución contraria del Conseil Constitutionnel en 1982 en Francia, Sentencia de la Corte Costituzionale de 1995 en Italia), se fueron modificando por aportaciones muy comprometidas de algunos partidos políticos, destacadamente de las Resoluciones sobre la igualdad del PSOE, de las aportaciones del feminismo, y de los cambios que se han venido sucediendo en los últimos años, (Reforma de la Constitución francesa). El estado actual de la doctrina era el de validar la constitucionalidad de ciertas medidas, bajo ciertas condiciones, de forma indirecta, proporcional y temporal.

Por su parte la doctrina constitucional jurisprudencial permite pensar en que bajo ciertas condiciones sería posible la convalidación por el TC de una ley electoral de la paridad. Pero no parece a sensu contrario, que sea posible que el TC valide una ley electoral incondicional, taxativamente de cremallera y sin sumisión a excepciones ni requisitos de ninguna clase. Otra cosa es, desde luego, que se hayan valorado todas y cada una de estas posibilidades, pero no hayan sido óbice para disuadir de la actividad legislativa de estas CC.AA. que conocen también como la actual configuración de nuestro modelo de justicia constitucional les permitirá casi con seguridad llevar a cabo no menos de un par de elecciones legislativas en sus comunidades autónomas respectivas con esta legislación en vigor sin que, si es que llegara a interponerse algún recurso contra la ley, hubiera pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (SALA SEXTA), DE 19 DE MARZO DE 2002.

H. Lommers contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij. Petición de decisión prejudicial: Centrale Raad van Beroep - Países Bajos. Política social - Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras - Excepciones - Medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres - Ministerio que pone a disposición de su personal plazas de guardería subvencionadas - Plazas reservadas exclusivamente a los hijos de funcionarias, salvo en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador.

En el asunto C-476/99, se ha dictado la siguiente :

Sentencia

- Mediante auto de 8 de diciembre de 1999, recibido en el Tribunal de Justicia el 16 de diciembre siguiente, el Centrale Raad van Beroep planteó con arreglo al artículo 234 CE, una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70; en lo sucesivo, "Directiva").
- Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el Sr. Lommers y el Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (Ministerio de Agricultura, del Patrimonio natural y Pesca; en lo sucesivo, "Ministerio de Agricultura"), en relación con la negativa de éste de aceptar al hijo del Sr. Lommers en el sistema de guarderías que subvenciona, basándose en que dicho servicio está reservado, en principio, únicamente a las funcionarias del referido Ministerio.

El marco normativo

Disposiciones comunitarias

- El artículo 1, apartado 1, de la Directiva dispone: "La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo [...]. Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato".
- El artículo 2 de la Directiva establece: "1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. [...] 4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1."
- A tenor del artículo 5, apartado 1, de la Directiva: "La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garan-

tican a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo."

- Refiriéndose expresamente en la exposición de motivos al artículo 2, apartado 4, de la Directiva, la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124), insta a los Estados miembros, en particular, a: "1) que adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales [...], al objeto de: a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres, en la sociedad; b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos; [...] 3) que tomen, prosigan y estimulen la adopción de medidas en favor de acciones positivas en los sectores público y privado; 4) que actúen de tal forma que las acciones positivas incluyan, en la medida de lo posible, acciones relacionadas con los siguientes aspectos: [...] - adaptación de las condiciones de trabajo [...] [...] 8) que realicen, igualmente, en el sector público esfuerzos en materia de promoción de la igualdad de oportunidades que puedan servir de ejemplo [...] [...]"

Disposiciones nacionales

- El artículo 1a de la Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen (Ley relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres), de 1 de marzo de 1980 (en lo sucesivo, "WGB"), dispone: "1. En el servicio público, la autoridad competente no podrá efectuar distinción entre hombres y mujeres [...] en las condiciones de trabajo [...] [...]"
- El artículo 5 de la WGB dispone, sin embargo, lo siguiente: "1. Se podrán establecer excepciones a los artículos 1a, 2, 3 y 4 cuando la distinción que se efectúe tenga por objeto situar a las mujeres en una posición privilegiada con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de hecho y guarde una relación razonable con el objetivo que se pretende alcanzar. [...]"
- El Ministerio de Agricultura adoptó el 15 de noviembre de 1993 la circular n° P 93-7841 (en lo sucesivo, "circular"), con arreglo a la cual, el referido Ministerio ponía a disposición de su personal femenino un determinado número de plazas de guardería. Estas plazas, que ascendían a 128 en 1995, se repartían entre las Direcciones y Servicios del Ministerio de Agricultura en proporción al número de trabajadoras que estaban destinadas en cada uno de ellos, a razón, aproximadamente, de una plaza por cada 20 trabajadoras. Una parte de las plazas correspondía a un servicio de guardería propio del Ministerio y otra

parte, a plazas que dicho Ministerio había concertado con guarderías municipales.

10. Los funcionarios que habían obtenido una plaza de guardería para sus hijos debían abonar una cuota cuya cuantía se fijaba en función de los ingresos de los padres y era regresiva para los hijos de una misma familia. Dicha cuota se retenía directamente de los haberes de los funcionarios.
11. De la circular se desprende, en particular, que: "Los servicios de guarda de hijos están reservados, en principio, exclusivamente al personal femenino del Ministerio, salvo en caso de urgencia, que corresponderá apreciar al Director".

El litigio principal y la cuestión prejudicial

12. El Sr. Lommers es funcionario del Ministerio de Agricultura. Su esposa ejerce una actividad profesional para otro empleador.
13. El 5 de diciembre de 1995, el Sr. Lommers solicitó al Ministerio de Agricultura que reservara una plaza de guardería para su hijo que iba a nacer. El 20 de diciembre de 1995 fue denegada su solicitud debido a que los hijos de los funcionarios únicamente podían acceder a los servicios de guardería controvertidos en el asunto principal en caso de urgencia.
14. Mediante escrito de 28 de diciembre de 1995, el Sr. Lommers presentó una reclamación contra la decisión denegatoria ante el Ministerio de Agricultura. Ese mismo día solicitó el dictamen de la Commissie gelijke behandeling (en lo sucesivo, "comisión "igualdad de trato") sobre la compatibilidad de la postura del referido Ministerio con la WGB.
15. En un escrito de 22 de febrero de 1996 dirigido a la comisión "igualdad de trato", el Ministerio de Agricultura señalaba, en particular, que la distinción por razón de sexo efectuada en la circular obedecía a la voluntad del Ministerio de paliar la situación de infrarrepresentación de funcionarias entre su personal. A este respecto, el Ministerio de Agricultura señaló que en fecha 31 de diciembre de 1994, de un total de 11.251 empleados, únicamente 2.792 eran mujeres y que, además, éstas estaban poco representadas en los grados superiores.
16. En un dictamen emitido el 25 de junio de 1996, la comisión "igualdad de trato" consideró que el Ministerio de Agricultura no había infringido los artículos 1a, apartado 1, y 5 de la WGB. Al considerar que era notorio que las mujeres renuncian más a menudo que los hombres a ejercer, o seguir ejerciendo, una profesión por razones relacionadas con la guarda de sus hijos y que podía considerarse razonablemente que la insuficiencia manifiesta de guarderías tenía una importancia determinante en la renuncia de las mujeres a su empleo, dicha comisión estimó que la circular estaba justificada atendido el objetivo que persigue de reducir las dimisiones del personal femenino y que era proporcionada respecto a dicha finalidad. Según esta comisión, la circular debía señalar más claramente, no obstante, el hecho de que un funcionario que educase solo a sus hijos podía beneficiarse en virtud de la "urgencia" del acceso a las plazas de guardería. Además, la referida comisión consideraba que la conformidad con la WGB no podía considerarse definitiva y que sería necesario realizar evaluaciones regularmente con el objeto de comprobar que la medida de que se trata sigue siendo adecuada.
17. El hijo del Sr. Lommers nació el 5 de julio de 1996.
18. Mediante resolución de 11 de septiembre de 1996, el Ministerio de Agricultura desestimó la reclamación del Sr. Lommers basándose en el dictamen de la comisión "igualdad de trato", en cuya espera había suspendido su resolución.
19. Mediante sentencia de 8 de octubre de 1996, el Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage (Países Bajos) declaró infundado el recurso interpuesto por el Sr. Lommers contra la referida resolución. Basando su pronunciamiento únicamente en el Derecho nacional, ese órgano jurisdiccional hizo suyo, en particular, el dictamen de la comisión "igualdad de trato".
20. El 13 de noviembre de 1996, el Sr. Lommers interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Centrale Raad van Beroep. En él, el Sr. Lommers alegaba que el Ministerio de Agricultura no había demostrado que el número de mujeres que continuaba ejerciendo sus funciones después del permiso de maternidad hubiera aumentado gracias al sistema de guarderías subvencionadas que había establecido. Sostenía, asimismo, que en la mayoría de los ministerios neerlandeses no se efectuaba distinción alguna entre hombres y mujeres en lo relativo al acceso a los sistemas subvencionados de guardería que organizan, lo que indicaba en particular que, a su juicio, no podía invocarse la insuficiencia de recursos públicos disponibles para privar a los funcionarios masculinos de dicho Ministerio de las ventajas del sistema de guarderías controvertido en el litigio principal. El Sr. Lommers consideraba asimismo, que esa exclusión infringe el artículo 2 de la Directiva.
21. Según el Ministerio de Agricultura, el sistema controvertido en el litigio principal puede justificarse, en contra de lo que sostiene el Sr. Lommers, en virtud del artículo 2, apartado 4, de la Directiva. La prioridad que se concede a las mujeres obedece a la voluntad del referido Ministerio de luchar contra las desigualdades que existen entre las funcionarias y los funcionarios por lo que se refiere tanto al número de mujeres que trabajan en el Ministerio como a su distribución por grados. La creación de plazas de guardería subvencionadas debe contribuir a eliminar esa desigualdad de hecho.
22. El Centrale Raad van Beroep destaca, en primer lugar, que parecen existir opiniones divergentes respecto a la cuestión de si el artículo 2, apartado 4, de la Directiva es aplicable a las medidas dirigidas a los hijos de los trabajadores, en particular cuando parece que el hecho de ofrecer a los trabajadores de ambos sexos el acceso a tales medidas no impediría que se pudiese alcanzar el objetivo de fomento de la igualdad de oportunidades. A continuación, señala que según parte de la doctrina, unas medidas como las que establece la circular contribuyen a fijar y legitimar el reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres. Refiriéndose a las sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051), y de 11 de noviembre de 1997, Marschall (C-409/95, Rec. p. I-6363), el Centrale Raad van Beroep se pregunta, además, si la excepción establecida por la circular únicamente en favor de los trabajadores masculinos que se encuentran en una situación de urgencia no es excesivamente restrictiva. Por último, se pregunta asimismo sobre la influencia que, llegado el caso, puede tener la circunstancia de que se excluya al demandante en el litigio principal, que podría perjudicar a su esposa en el caso de que ésta no pudiera disfrutar de un servicio de guardería en su lugar de trabajo.
23. Por considerar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no le permitía pronunciarse sobre estas cuestiones, el Centrale Raad van Beroep decidió suspender su pronunciamiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: "¿El artículo 2, apartados 1 y 4, de la

Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a una normativa establecida por un empleador que reserva exclusivamente a las trabajadoras las plazas de guardería subvencionadas por él, de las que un trabajador únicamente puede disfrutar si se encuentra en una situación de urgencia cuya apreciación corresponde al empleador?"

Sobre la cuestión prejudicial

24. Con carácter preliminar, es necesario señalar que los artículos 1a y 5, de la WGB adaptan el Derecho nacional a los artículos 1, apartado 1, y 2, apartados 1 y 4, de la Directiva en lo que se refiere al sector público neerlandés, y procede recordar a este respecto, que, según jurisprudencia reiterada, al aplicar el Derecho nacional y, particularmente, las disposiciones de una ley nacional especialmente promulgada para ejecutar una directiva el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de esa directiva (véase, respecto de la Directiva, la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 53).
25. El Tribunal de Justicia ha estimado también que el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva tiene alcance general y que ésta se aplica a las relaciones de empleo del sector público (véanse, en particular, las sentencias de 26 de octubre de 1999, Sirdar, C-273/97, Rec. p. I-7403, apartado 18, y de 11 de enero de 2000, Kreil, C-285/98, Rec. p. I-69, apartado 18).
26. Por lo que se refiere a la medida controvertida en el litigio principal, es necesario destacar, en primer lugar, como lo ha hecho el órgano jurisdiccional remitente, que la puesta a disposición por el empleador de plazas de guardería en favor de los trabajadores en el lugar de trabajo o fuera de éste debe considerarse como una "condición de trabajo" en el sentido de la Directiva.
27. En contra de la tesis defendida por la Comisión durante la vista, no se puede descartar la referida calificación en favor de la de "remuneración" por la sencilla razón de que, como sucede en el litigio principal, el coste de las mencionadas plazas de guardería lo soporta parcialmente el empleador.
28. En efecto, procede recordar a este respecto que el Tribunal de Justicia ha manifestado ya anteriormente, que el hecho de que la determinación de ciertas condiciones de empleo pueda tener consecuencias pecuniarias no es razón suficiente para incluir tales condiciones en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), disposición que está basada en la estrecha relación existente entre la naturaleza de la prestación laboral y la cuantía de la retribución (véanse las sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne III, 149/77, Rec. p. 1365, apartado 21, y de 30 de marzo de 2000, Jämo, C-236/98, Rec. p. I-2189, apartado 59).
29. Además, como acertadamente señala el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, una medida como la controvertida en el litigio principal tiene, ante todo, un carácter práctico. En efecto, la puesta a disposición de plazas de guardería permite que el trabajador no tenga que afrontar las incertidumbres y las dificultades que caracterizan la búsqueda de una guardería para su hijo que resulte al mismo tiempo adecuada y asequible. Así pues, una medida de esta índole tiene como objeto y como efectos principales, particularmente en un contexto caracterizado por una oferta insuficiente de plazas de guardería, facilitar el ejercicio de la actividad profesional de los trabajadores afectados.
30. En segundo lugar, procede considerar que una disposición en virtud de la cual un empleador reserva a las trabajadoras las plazas de guardería que pone a disposición de su personal, salvo en casos de urgencia que le corresponde apreciar a él, efectúa claramente una distinción de trato basada en el sexo en el sentido de los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva. Al darse la circunstancia de que ambos ejercen un empleo, las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de hijos de corta edad, son efectivamente comparables en cuanto a la necesidad en que se pueden encontrar de tener acceso a una guardería (véanse, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia, 312/86, Rec. p. 6315, apartado 14, y, por analogía, por lo que se refiere a la situación de las trabajadoras y los trabajadores que asumen la educación de sus hijos, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, aún no publicada en la Recopilación, apartado 56).
31. Por lo tanto, procede averiguar, en tercer lugar, si el artículo 2, apartado 4, de la Directiva admite una medida como la que es objeto del litigio principal.
32. A este respecto, se desprende de una jurisprudencia reiterada, que dicha disposición tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. La referida disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres (sentencias Kalanke, antes citada, apartados 18 y 19; Marschall, antes citada, apartados 26 y 27, y de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros, C-158/97, Rec. p. I-1875, apartado 19).
33. Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha estimado que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa nacional relativa a la función pública que reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación. Después de destacar que una normativa de esa índole se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades, en la medida en que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública, y que se limita, por tanto, a mejorar las oportunidades de las candidatas femeninas en el sector público, el Tribunal de Justicia consideró que dicha medida forma parte de las destinadas a eliminar las causas de que las oportunidades de acceso al trabajo y de desarrollo profesional otorgadas a la mujer sean menores y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres (sentencia Badeck y otros, antes citada, apartados 52 a 55).

34. Como acertadamente alega el Gobierno neerlandés en sus observaciones, consideraciones similares permiten afirmar que una medida como la controvertida en el litigio principal -que, por otra parte, es conforme a las directrices que resultan de los apartados 1, 3, 4 y 8 de la Recomendación 84/635- no infringe el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva.
35. En contra de lo que sostiene la Comisión a este respecto, la sentencia Comisión/Francia, antes citada, no prejuzga, por su parte, en modo alguno cómo debería resolverse el presente litigio principal. En efecto, el Tribunal de Justicia se limitó a señalar, en el apartado 15 de dicha sentencia, que ningún elemento de los autos que el Estado miembro demandado le había sometido permitía llegar a la conclusión de que el hecho, imputable a éste, de mantener indistintamente en vigor un conjunto de convenios colectivos de los que emanaban derechos especiales en favor de las mujeres, podía corresponder a la situación contemplada por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva.
36. Por lo que se refiere a la medida controvertida en el litigio principal, es necesario señalar, en primer lugar, que de la resolución de remisión, de los autos del litigio principal y de las alegaciones efectuadas en la vista ante el Tribunal de Justicia se desprende que en el momento en que se adoptó la circular y en el de los hechos que originaron el litigio principal, la situación del personal en el Ministerio de Agricultura se caracterizaba por la considerable infrarrepresentación de las mujeres, tanto por lo que respecta a su número como a su presencia en los puestos de grado superior.
37. En segundo lugar, procede destacar que, como observó la comisión "igualdad de trato" en su referido dictamen de 25 de junio de 1996, la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles para los hijos puede inducir en particular a las trabajadoras a renunciar a su empleo (véase asimismo a este respecto, los considerandos noveno y décimo de la Recomendación 92/241/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas; DO L 123, p. 16).
38. En estas circunstancias, procede señalar que una medida como la controvertida en el litigio principal, que se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades, en la medida en que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino el disfrute de ciertas condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional, pertenece, en principio, a la categoría de aquellas que tienden a eliminar las causas de que las mujeres tengan menos oportunidades de acceder a un empleo y de desarrollar una carrera profesional y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar que se han acreditado efectivamente las circunstancias factuales enunciadas en los apartados 36 y 37 de la presente sentencia.
39. No es menos cierto sin embargo que, en virtud de una jurisprudencia reiterada, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado por la Directiva, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo (sentencias, antes citadas, Johnston, apartado 38; Sirdar, apartado 26, y Kreil, apartado 23).
40. En el marco del reparto de competencias establecido en el artículo 234 CE, corresponde, en principio, al órgano jurisdiccional velar por el respeto del principio de proporcionalidad. No obstante, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que éste es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de una medida nacional con ese Derecho para dirimir el asunto de que conozca. En el presente asunto, como se desprende del apartado 22 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente formuló, además, diversas preguntas concretas a las que procede contestar.
41. Con carácter preliminar, es necesario señalar que una medida como la controvertida en el litigio principal, que pretende abolir una desigualdad de hecho podría, sin embargo, contribuir del mismo modo a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer.
42. Ciertamente, puede parecer que una circunstancia de esta índole refuerza la opinión doctrinal a que se refería el órgano jurisdiccional remitente según la cual, si el objetivo de fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que se persigue con la adopción de una medida que beneficia a las trabajadoras en su condición de madres, puede alcanzarse extendiendo el disfrute de dicha medida a los trabajadores que son padres, el hecho de excluir a los hombres no sería conforme al principio de proporcionalidad.
43. En el presente asunto, es necesario tener en cuenta, no obstante, la circunstancia de que en el contexto de una oferta insuficiente, como ha quedado señalado anteriormente, el número de plazas de guardería disponibles en virtud de la medida controvertida en el litigio principal es, en sí mismo, limitado y que existen listas de espera para las funcionarias del Ministerio de Agricultura, de modo que ni siquiera estas últimas están seguras de poder obtener una plaza.
44. Es necesario señalar, además, que una medida como la controvertida en el litigio principal no produce, en modo alguno, el efecto de privar por completo a los trabajadores afectados del acceso a plazas de guardería para sus hijos, ni, por lo demás, a las trabajadoras que no hayan podido obtener una plaza en el marco del sistema de guardería subvencionado por el Ministerio de Agricultura, puesto que dichas plazas siguen siendo esencialmente accesibles en el mercado de los servicios correspondientes (véase, por analogía, respecto a las plazas de formación profesional, la sentencia Badeck y otros, antes citada, apartado 53).
45. Asimismo, procede recordar también que la medida controvertida en el litigio principal no excluye totalmente a los funcionarios masculinos de su ámbito de aplicación, sino que autoriza al empleador para acceder a sus solicitudes en el caso de urgencia, que le corresponde apreciar a él.
46. Por lo que atañe al alcance de esta excepción, debe destacarse que tanto el Ministerio de Agricultura en el marco de los procedimientos seguidos en el litigio principal y ante la comisión "igualdad de trato", como el Gobierno neerlandés ante el Tribunal de Justicia han señalado que los funcionarios masculinos que educan solos a sus hijos debían, por este motivo, tener acceso al sistema de guardería controvertido en el litigio principal.
47. A este respecto, conviene señalar que una medida que excluyese a los funcionarios masculinos que asumen solos la educación de sus hijos de

la posibilidad de acceder a un sistema de guardería subvencionado por su empleador iría más allá de lo que autoriza la excepción establecida en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, por menoscabar excesivamente el derecho individual a la igualdad de trato que ésta garantiza. Por lo demás, el argumento basado en el hecho de que las mujeres tienen más fácilmente a interrumpir su carrera profesional para asumir la guarda de sus hijos de corta edad, no tiene la misma fuerza respecto de dichos funcionarios.

48. En las circunstancias expuestas en los apartados 43 a 47 de la presente sentencia, no cabe sostener que el hecho de que la circular no garantice a los funcionarios de ambos sexos el acceso a las plazas de guardería en pie de igualdad es contrario al principio de proporcionalidad.
49. Por lo que se refiere a la circunstancia de que la esposa del demandante en el litigio principal podría, eventualmente, tener dificultades para continuar su carrera profesional por tener que ocuparse de la guarda de los hijos de corta edad del matrimonio, no es pertinente a los efectos de apreciar el fundamento de la medida controvertida en el litigio principal en relación con el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva. Procede, en efecto, destacar que por lo que respecta a las condiciones de trabajo determinadas por un empleador, el principio de igualdad de trato no puede aplicarse, por definición, más que entre los trabajadores que éste emplea. Por tanto, dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un empleador, que adopta una medida destinada a paliar una situación de infrarrepresentación de las mujeres que caracteriza a su propio personal, a tener en cuenta consideraciones relacionadas con el mantenimiento del empleo de trabajadoras que no forman parte de dicho personal.
50. Habida cuenta del conjunto de consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios única-

mente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos.

Costas

51. Los gastos efectuados por el Gobierno neerlandés y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Centrale Raad van Beroep mediante auto de 8 de diciembre de 1999, declara:

El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente puede tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 6 DE MARZO DE 2002. POSIBILIDAD DE RECLAMAR ALIMENTOS AL INSTAR DECLARACIÓN DE PATERNIDAD.

En la Villa de Madrid, a once de diciembre de dos mil uno

VISTO por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Quinta de la Il.ª Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de dicha capital, sobre filiación, cuyo recurso fue interpuesto por D. Manuel, representado por la Procuradora Dª Rosina Montes Agustí, en el que es recurrida Dª Carmen, representada por el Procurador de los Tribunales D. Luciano Rosch Nadal, habiendo sido parte EL MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Sevilla, fueron vistos los autos de menor cuantía núm. 661/91, seguidos a instancia de Dª Carmen, en representación de la menor Dª Mercedes, contra D. Manuel, sobre reclamación de filiación. Habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... y, en su día, tras los demás trámites de ley y práctica de prueba, que desde este momento dejamos interesada, dicte sentencia, por la que estimando la demanda, declare:

- 1º. Que, la menor Dª Mercedes, es hija no matrimonial del demandado D. Manuel, fruto de las relaciones que mantuvo con Dª Carmen.
- 2º. Que, como consecuencia de lo anterior, se inscriba en el Registro Civil de Sevilla, que D. Manuel es el padre de la hasta ahora conocida como Dª Mercedes, que en lo sucesivo y tras el consiguiente cambio de apellidos, pasará a llamarse Dª Mercedes R.
- 3º. Que, a pesar de la anterior declaración de filiación, D. Manuel quede privado del ejercicio de la patria potestad y demás funciones tuitivas sobre su hija, no ostentando derecho por ministerio de la Ley respecto de ella o de sus descendientes, o en sus herencias. Igualmente que la patria potestad, en toda su extensión, sea ejercida de forma exclusiva por al madre Dª Carmen.
- 4º. Que, D. Manuel venga obligado a satisfacer, en concepto de alimentos para su hija, la cantidad mensual de cincuenta mil pesetas, en atención a los ingresos del demandado y en razón de las necesidades de la menor. Dicha cantidad será revisada anualmente.- todo ello con expresa condena en costas al demandado.

Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado lo que sigue: "... interesándose para su momento el recibimiento a prueba y se continúe el procedimiento hasta dictar sentencia en la que se desestime la demanda interpuesta por Dª Carmen, en

representación de su hija Dª Mercedes, y condene en costas a la parte demandante".

Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 11 de septiembre de 1995, cuyo fallo es como sigue: "Fallo.- Que estimando parcialmente la demanda formulada por Dª Carmen, en su calidad de representante de la menor Dª Mercedes, contra D. Manuel, debo declarar y declaro la paternidad no matrimonial del demandado en relación con la menor representada con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, y, en particular, el derecho de la menor a ostentar los apellidos del demandado, para lo cual, una vez firmes la presente, se libran los oportunos despachos al Registro Civil de Sevilla, para constancia en la inscripción de nacimiento de la misma, excluyendo al demandado del ejercicio de la patria potestad sobre la menor así como de los derechos respecto de la hija o de los descendientes de ésta o en sus herencias que pudieran corresponderle, absolviéndole de los restantes pedimentos contenidos en la demanda, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Il.ª Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia en fecha 18 de abril de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Manuel y acogiendo en parte el también formulado por Dª Carmen, ambos contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 1995, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de esta capital, en autos 661/91, la debemos confirmar y confirmamos en cuanto en su fallo se dice respecto a la paternidad no matrimonial del recurrente en relación con la menor Dª Mercedes, y la debemos revocar y revocamos declarando la obligación que tiene D. Antonio, el padre de la menor, Dª Mercedes de satisfacer mensualmente a la misma por el concepto de alimentos la cantidad de 50.000.- pesetas, desde la fecha de la interposición de la demanda y en los sucesivos, cantidad que a partir de entonces deberá ser revalorizada anualmente con arreglo al IPC. Se imponen al recurrente D. Manuel, las costas originadas en ambas instancias. Sin costas respecto al recurso que se interpone por la demandante".

TERCERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Dª Pilar Reina Sagrado, posteriormente sustituida por su compañera Dª Rosina Montes Agustí, en nombre y representación de D. Manuel, se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos:

Primero.- "Al amparo del núm. 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 570 de la misma Ley".

Segundo.- "Al amparo del núm. 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.609 dicha Ley Procesal".

Tercero.- "Al amparo del núm. 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.214 del Código Civil en relación con el artículo 135 del mismo Código".

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, por el Procurador Sr. Rosch Nadal, en la representación que ostentaba de la

parte recurrida, y por el Ministerio Fiscal, se presentaron escritos impugnando el mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para la votación y fallo del presente recurso, el día VEINTIDÓS de NOVIEMBRE, a las 10,30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO ROMERO LORENZO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^ª Carmen, en representación de su hija menor de edad, D^ª Mercedes, formuló demanda contra D. Manuel, interesando se declarase que dicha menor era hija no matrimonial del demandado, debiendo ser inscrita en tal calidad en el Registro Civil correspondiente, procediendo privar al Sr. Manuel de la patria potestad, y asignar su ejercicio en exclusiva a la actora. Se solicitaba, finalmente, una pensión mensual de 50.000 ptas., revisable, en concepto de alimentos para la menor.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda, declarando la paternidad no matrimonial del demandado respecto a la menor, de cuya patria potestad debía quedar excluido. Denegó sin embargo la pensión alimenticia, y no hizo declaración respecto a las costas.

La sentencia fue apelada por el demandado, adhiriéndose al recurso la actora. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de D. Manuel y acogió en parte el de la demandante, estableciendo la obligación del demandado de satisfacer la pensión alimenticia de 50.000 ptas. mensuales desde la fecha de interposición de la demanda y en lo sucesivo, la cual se revalorizaría anualmente con arreglo al IPC. Impuso al demandado las costas de ambas instancias y no hizo declaración respecto a las del recurso de la actora.

SEGUNDO.- El presente recurso de casación se articula por el Sr. Manuel Fernández a través de tres motivos.

En el primero de ellos, con fundamento en el ordinal 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción del artículo 570 de la misma, alegando que la prueba por la que se realizó la investigación de la paternidad adolece de graves defectos, pues solo consta en autos su resultado, pero no se aclaran los datos biológicos y técnicos que posibilitarían el control del trabajo realizado, tanto respecto a la identificación de las personas a las que se extrajo sangre, como al tratamiento de las muestras obtenidas, al objeto de evitar toda la serie de errores en que según la literatura especializada puede incurrirse en la práctica de los análisis y en la elaboración del informe que integran un medio de prueba que por su trascendencia debe hallarse rodeado de las mayores garantías.

Ha de resaltarse que el Tribunal de instancia tras la valoración de la totalidad de las pruebas practicadas a lo largo del proceso ha llegado a la conclusión de que está acreditado que el demandado, hoy recurrente, es el padre biológico de la menor D^ª Mercedes. Tal determinación, basada en el análisis realizado por el Servicio Andaluz de Salud, pero también en las declaraciones testificales y demás elementos probatorios obrantes en los autos, a las que la sentencia recurrida expresamente se refiere no puede ser sometida a revisión en el momento actual porque ello significaría convertir la casación en una tercera instancia, lo que resulta absolutamente

improcedente, dado que la apreciación del Tribunal de instancia en modo alguno puede considerarse absurda o ilógica, sino que ciertamente responde a una correcta y prudente ponderación de la actividad probatoria realizada por las partes y por la propia Juzgadora de Primera Instancia, que hizo uso de las facultades que le confería el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que a las diligencias para mejor proveer atañe, ha de recordarse que como señala el Ministerio Fiscal en su impugnación del recurso, esta Sala ha tenido ocasión de declarar que las mismas constituían actos de instrucción realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional al objeto de formar su propia convicción sobre el material del proceso, siendo, por tanto, totalmente ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo, por lo que el hecho de no haber dado oportunidad a los litigantes para formular a los peritos las observaciones previstas en el artículo 626 LEC no implica indefensión (Sentencias de 26 de enero y 17 de junio de 1996, 1 de junio de 1995 y 26 de febrero de 1993, entre otras).

El motivo, por todo lo expuesto, ha de ser rechazado.

TERCERO.- En el segundo motivo, al amparo del apartado 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción del artículo 1609 de dicha norma, que establece que para solicitar alimentos se hace preciso justificar el título en cuya virtud se piden y hasta que exista sentencia firme que declare la paternidad tal título no existe.

Por la misma razón se añade que no es posible acumular las dos acciones ya que la demanda de alimentos no puede ser admitida a trámite, al faltar los presupuestos del artículo 1609 LEC.

Ha de significarse, ante todo, que el recurrente invoca el apartado 4º del artículo 1692 LEC y no el 3º, como sería procedente, al denunciar la infracción de un precepto no sustantivo, sino procesal.

Sin conceder excesiva importancia a dicha falta de precisión, debe, en primer lugar, rechazarse la tesis de que no pueda solicitarse la prestación alimenticia con anterioridad a la firmeza de una sentencia que establezca la paternidad del demandado. La aplicación de tal idea implicaría la práctica exoneración de la obligación alimenticia durante un prolongado período de tiempo, para el padre que se opone sin razón a asumir sus responsabilidades, dado que los alimentos, según dispone el artículo 148 del Código Civil, en ningún caso se abonarán sino desde la fecha de la demanda, aunque con anterioridad se necesiten para subsistir.

Por otra parte, no es ese, evidentemente el principio que informa esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, según se desprende de lo establecido en el artículo 103.3º del Código Civil (para los supuestos de crisis matrimoniales) y más específicamente en el artículo 158 y sobre todo en el párrafo segundo del artículo 128 del mismo texto legal, vigente en la fecha de autos y hoy derogado, si bien la norma que establecía se contiene en el artículo 768.2 de la LEC 2000.

Descartada totalmente la primera de las objeciones que el recurrente formula en el presente motivo, ha de llegarse a similar conclusión respecto a la pretendida imposibilidad de acumular la acción de reclamación de paternidad y la de petición de alimentos. Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 23 de octubre de 1990, ambas acciones no son incompatibles entre sí y ninguna razón contenida en el artículo 153 y siguientes de la LEC 1881 impedía su acumulación. Aparte de ello, aunque la Ley Procesal preveía cauces provisionales como el del artículo 1609 para obtener una satisfacción perentoria del problema a que nos referimos,

nada impedía al interesado acudir a la vía declarativa bien para reclamar los alimentos como derecho autónomo, bien como parte del contenido de una pretensión de mayor entidad, relativa a temas de patria potestad, paternidad o matrimoniales.

Por todo lo expuesto, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- En el tercer y último motivo, con base en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción del artículo 1214 en relación con el artículo 135, ambos del Código Civil.

Ha de observarse que el recurrente pretende llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, en la que además invoca determinadas particularidades (extremos 5º, 6º y 7º) que en absoluto se refieren al informe emitido por el Servicio Andaluz de Salud como consecuencia de la prueba acordada para mejor proveer, sino que corresponden al principio de prueba aportado con la demanda, sin el cual la misma no sería admitida a trámite según prevenía el artículo 127, segundo párrafo, a la sazón vigente.

Resulta evidente que tal principio de prueba ha perdido toda relevancia ante el informe a que acabamos de referirnos, en el que contundentemente se establece que la prueba del ADN da un resultado superior al 99.99 % respecto a la paternidad objeto de controversia, lo que permite afirmar la misma, sin género alguno de duda.

Si a ello añadimos que, según ya se manifestó anteriormente, es inadmisibles el intento de convertir la casación en una tercera instancia, ha de llegarse a la conclusión de que el motivo objeto de estudio tampoco puede ser acogido.

QUINTO.- A tenor de lo prevenido en el artículo 1715.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ser condenado el recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel contra la sentencia dictada el dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, conociendo en grado de apelación de los autos de juicio de menor cuantía núm. 661/91 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Sevilla.

Se condena al recurrente al pago de las costas causadas y a la pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.- José Almagro Nosete.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Romero Lorenzo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Romero Lorenzo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO A LA STS DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001

La sentencia que analizamos desestima el recurso de casación interpuesto por el demandado, y confirma la dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla en la que se declaraba la paternidad no matrimonial del demandado respecto de una menor, de cuya patria potestad debía quedar excluido, y, la obligación del padre de la menor de satisfacer a ésta en concepto de alimentos una pensión alimenticia desde la interposición de la demanda. Son varios los argumentos que justifican el pronunciamiento judicial, pero sin duda el más significativo es el que versa sobre la relación entre la obligación de alimentos y la acción de reclamación de filiación.

Mantiene esta resolución, a nuestro juicio, con acierto que puede solicitarse la prestación alimenticia desde la fecha de interposición de la demanda, con anterioridad a la firmeza de la sentencia que establezca la paternidad. Para ello utiliza como fundamento, entre otros, el art. 148 C.c. lo que puede inducir a error, pues la denominación genérica de "alimentos" acoge obligaciones diversas que pueden tener un variado origen (legal o voluntario), e incluso peculiar régimen.

En nuestro ordenamiento, los alimentos legales pueden ser "institucionales" y "autónomos"¹⁴, siendo una manifestación de alimentos institucionales los que corresponden al menor. Los alimentos del menor, como señala la doctrina mayoritaria, proceden de la propia relación de filiación con independencia de la patria potestad (vid. art.110 C.c.). De las numerosas diferencias existentes entre estos alimentos y los "autónomos" regulados en los arts. 142 y sig., destaca que su concesión es independiente de la necesidad del menor y las posibilidades del progenitor, y, es distinta la causa del nacimiento de ambos derechos. Mientras el derecho "autónomo" de alimentos es exigible como señala el art. 148 C.c. : "desde que lo necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos", sin embargo el derecho de alimentos que corresponde al menor surge por el sólo hecho del nacimiento. Precisamente, este dato es el que nos da las pautas adecuadas para abordar la cuestión.

Denuncia el demandado infracción del derogado art. 1609 de la LEC, por cuanto que dicha norma "establece que para solicitar alimentos se hace preciso justificar el título en cuya virtud se piden y hasta que exista sentencia firme que declare la paternidad tal título no existe". Es incuestionable

14. Terminología utilizada por CASANOVAS I MUSSONS, que distingue entre los alimentos legales entre parientes, y los alimentos que se integran en deberes más amplios como la patria potestad, el matrimonio... "A propòsit de l'art. 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, D'aliments entre parents: la distinció entre "aliments institucionals" i "aliments autònoms" i les seves interferències", en RJC, 1998.

que para que surja la obligación de alimentos del menor es imprescindible la sentencia firme sobre la paternidad, pero de dicha afirmación no puede extraerse como consecuencia que el menor no tenga derecho a alimentos desde la interposición de la demanda.

Como hemos señalado, los alimentos corresponden al menor por el hecho de la filiación, y el art. 112 C.c. señala: "La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos..." De ello se deduce que la determinación legal de la filiación tiene una naturaleza declarativa pues únicamente sanciona una realidad existente con anterioridad¹⁵. Si se declara judicialmente la paternidad, ésta no existe desde la sentencia firme sino a partir del nacimiento. Por tanto, no puede negarse que el menor tiene derecho a los alimentos desde la interposición de la demanda. Esta interpretación es la más acorde con otras normas que conducen a una conclusión similar. Nos referimos al art. 128 C.c., hoy derogado pero en vigor en la fecha de autos, cuyo contenido actualmente es acogido por el art. 768.2 LEC que permite al juez "acordar alimentos provisionales a cargo del demandado" en los procesos de reclamación de filiación; y al art. 158 C.c. Este último autoriza al juez a dictar aquellas medidas que sean de interés del menor, entre las que ocupa un lugar preferente la prestación por alimentos. Además éste debe ser el criterio a seguir si tenemos presente que el art. 39.3 CE señala: "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda", y se es padre desde el nacimiento, una vez recaída sentencia firme declarando la paternidad. Adoptar otra postura implicaría beneficiar en contra del interés del menor, al progenitor que niega la evidencia de la filiación.

Opinamos, además, que incluso puede ser más amplio el alcance de la obligación de alimentos. Ya hemos señalado que los alimentos a menores poseen un régimen peculiar, lo que no implica la exclusión total de la aplicación de los arts. 142 y sig. C.c. como puede desprenderse del tenor del art. 145 C. No obstante se trataría de determi-

nar, en lo que afecta a menores, si sólo cabe solicitar los alimentos desde la interposición de la demanda, tal y como señala el art. 148 C.c.¹⁶. En efecto, con anterioridad y respetando la prescripción señalada en el art. 1966.1 C.c., ¿por qué no pueden solicitarse los alimentos que fueron reclamados extrajudicialmente? ¿Por qué no cabe demandar las deudas contraídas para afrontar el mantenimiento? ¿Por qué el tercero que ha abonado estos gastos, no puede pretender su reembolso? Se observa en esta materia una importante deficiencia legal, que ha intentado ser paliada por la doctrina, al analizar la obligación de alimentos "autónomos", acudiendo al abono de daños y perjuicios en caso de requerimiento extrajudicial, o a la solicitud del reembolso en los términos del art. 1894.1 C.c. cuando los gastos de mantenimiento hayan sido satisfechos por tercero. No obstante, a nuestro juicio, el principio de protección del menor que inspira nuestro sistema debería materializarse en la posibilidad de solicitar el abono de los alimentos incluso con anterioridad a la interposición de la demanda cuando exista causa justificada, especialmente en circunstancias graves y en supuestos de reticencia maliciosa al abono de los mismos. La peculiaridad de los alimentos al menor en los que rige un criterio escrupulosamente protector del mismo debería implicar la inaplicación de la previsión del art. 148 C.c. que comentamos¹⁷.

El Tribunal Supremo aunque no ha desconocido el carácter peculiar de la obligación de alimentos -STS 5 octubre 1993 (RJ 7464)-, sin embargo ha mantenido reiteradamente que los alimentos a menores en casos similares al que nos ocupa sólo pueden solicitarse desde la interposición de la demanda -STS 8 abril 1995 (RJ.2991) y, también, STSJ Navarra 3 junio 1998 (RJ 5501)-. Sería, no obstante, deseable un cambio de criterio.

Finalmente señalar que esta Sentencia, siguiendo una línea jurisprudencial mayoritaria, admite la posibilidad de acumular la acción de reclamación de paternidad y la de petición de alimentos, al no existir incompatibilidad entre estas acciones y permitirlo la LEC de 1881. (SILVIA ALGABAROS. PROFESORA AYUDANTE DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE MALAGA)

¹⁵. No es una cuestión pacífica la naturaleza de la determinación judicial de la filiación. Aun cuando la mayoría de los autores defienden su naturaleza declarativa, otros propugnan la naturaleza constitutiva, e incluso constitutiva-declarativa.

¹⁶. En el Código de Familia de Cataluña, en el art. 262, se señala que existe derecho a alimentos desde que se necesitan "pero no pueden ser solicitados los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial debidamente probada".

¹⁷. Vid entre otros, CAÑIZARES LASO, *Voz "Filiación"*, Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, T.II, Madrid 1995; CARBAJO GONZALEZ, *Las acciones de reclamación de filiación*, Barcelona 1989; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario del Código civil*, arts. 142-153, T. I, Madrid 1991; LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, Madrid 1987; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, "La obligación legal de alimentos entre parientes", Madrid 2002; RIVERO HERNADEZ, *Comentario del Código civil*, arts. 108-142, T.I, Madrid 1991; PADIAL ALBAS, *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona 1997.

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA (SECCIÓN TERCERA)
SENTENCIA, DE 10 DE DICIEMBRE DE 2001.
PONENTE ILMTO. SR. D. CARLOS PRIETO MACÍAS

ANTECEDENTES DE ORDEN PROCESAL

PRIMERO.- Que, con fecha nueve de mayo del año dos mil uno, el Juzgado de lo Penal número Siete de esa Capital dictó sentencia en las presentes actuaciones, estableciendo el siguiente relato de hechos probados: "De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas, valoradas en conciencia, resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos: PRIMERO.- El acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, devino obligado en virtud de sentencia de 30 de junio de 1.998, dictada en autos de separación tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº cinco de los de Málaga al pago mensual de 400.000 ptas, como contribución al sostenimiento de las cargas familiares, incluida la manutención de los dos hijos menores habidos del matrimonio. Señaló igualmente en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 200.000 ptas. El acusado abonó el importe de aquellas pensiones desde la fecha del auto de medidas provisionales de 18 de marzo de 1.998, hasta el mes de mayo de 1.999, fecha en que comenzó a abonar mensualmente la cantidad de 150.000 ptas, abonos que vino realizando hasta la fecha de la denuncia el 20 de octubre de 1.999." al que correspondió el fallo que a continuación se transcribe: "Que debo absolver y absuelvo al acusado (...) del delito de abandono de familia del que venía siendo acusado declarando de oficio las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Que la resolución citada fue recurrida en apelación por la representación procesal de la acusadora particular, (...) aduciendo error en la apreciación de la prueba, por lo que interesaba la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de un pronunciamiento en el que se condenara al acusado a la pena de veinte fines de semana de arresto con imposición de las costas de la acusación particular, condenándole, por vía de responsabilidad civil, a que abone a su patrocinada la cantidad adeudada (3.250.100 pesetas) incrementada con el interés legal conforme a lo dispuesto en el artículo 712 de la L.E.C.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso referido, dentro del plazo de diez días, a partir de su traslado a las demás partes, se presentó escrito de impugnación al recurso suscrito por la representación procesal del acusado absuelto, (...). Seguidamente, se elevaron los autos a esta Audiencia, donde, por estimarlo conveniente para la correcta formación de una convicción fundada, se acordó la celebración de vista, cuyo acto tuvo lugar el pasado día cinco del corriente mes de diciembre, con la asistencia del Letrado apelante, quien reprodujo en su informe oral el contenido de su escrito de recurso. En el mismo acto, el Ministerio Fiscal interesó la revocación de la sentencia de instancia, adhiriéndose a las pretensiones del apelante. El Letrado de la defensa, por su parte, interesó la confirmación de la sentencia de instancia y rebatió ampliamente las pretensiones de sus oponentes.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Se acepta en lo esencial el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, el que, en uso de la plena jurisdicción que la interposición del recur-

so confiere a este tribunal, se modifica, para precisar que el importe de la pensión compensatoria fijada a favor de la esposa por la sentencia era de doscientas cincuenta mil pesetas, siendo confirmada la sentencia del Juzgado de Familia por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial. Tampoco se comparte el dato de hecho contenido en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia consistente en no estimar acreditada que la capacidad económica del acusado pudiera abarcar el pago íntegro de la pensión fijada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con frecuencia ha puesto de relieve la doctrina el carácter pluriofensivo del delito que motiva este enjuiciamiento, pues en él se mezclan tres objetos de protección distintos. Por un lado, la seguridad de los miembros de la familia a través de la protección de los deberes de asistencia y solidaridad familiar. También se protege el derecho a la disolución de las relaciones matrimoniales, que se vería mermado de no hacerse efectivas las prestaciones económicas y, por último, es claro que el principio de autoridad se encuentra también afectado, pues la conducta enjuiciada supone una inequívoca actitud de rebeldía contra los poderes del Estado, por la falta de respeto y acatamiento a las decisiones judiciales que conlleva. Se configura este ilícito como un delito de omisión que exige como elementos esenciales:

1º) La existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos.

2º) La conducta omisiva consistente en la demora en el pago de esa prestación económica durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos.

3º) La necesaria culpabilidad del sujeto, esto es, la voluntariedad en el impago. Pues bien, la concurrencia de los dos primeros elementos se deriva con claridad del relato de hechos probados elaborado por el sentenciador, donde se recogen los impagos imputados en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, pues en el relato de la acusación particular no se especifican los impagos y únicamente se cuantifica el importe total de la deuda. Es en la concurrencia del tercer elemento aludido donde se centra el debate. No se ignora que el precepto penal comentado ha sido objeto de múltiples críticas doctrinales e incluso ha sido cuestionada su constitucionalidad, en cuanto pudiese suponer una forma encubierta de "prisión por deudas", expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, según el cual "nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual". El delito únicamente se comete cuando el que omite el pago tiene medios económicos para hacerlo, por lo que la imposibilidad de hacer frente a los pagos excluye la tipicidad de la conducta.

Hasta aquí se comparte el planteamiento del sentenciador, es en el paso siguiente cuando surgen las discrepancias, pues estima esta Sala que la

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

determinación del importe de la pensión y sus posibles variaciones, motivadas por las mutaciones de las posibilidades económicas del obligado al pago o de las necesidades del beneficiario, entra dentro de las competencias del Juez de Familia. Ha de tenerse en consideración que la redacción del artículo 227 del Código Penal, en cuanto alude a cantidades fijadas en convenio paccionado por los cónyuges y aprobado por el Juez, o establecidas en resolución judicial, obliga a colegir que su concreción se ha determinado teniendo en cuenta las necesidades reales existentes y las posibilidades económicas del obligado a atenderlas. El inconstitucional pronunciamiento absolutorio dictado se sustenta en la carencia de medios del acusado para abonar la pensión fijada y se llega a afirmar que incumbe a la acusación la carga de la prueba de esa posibilidad, pues estima el juzgador que sería una "probatio diabólica" exigir a la defensa la acreditación de hechos negativos, como es la carencia de medios económicos. No se comparte tal planteamiento, pese a las citas jurisprudenciales en que se pretende respaldar. En la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2.001, en ponencia del Excmo Sr. Prego de Oliver Tolivar, puede leerse al respecto: "...de la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y de la conducta omisiva, la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, pues siendo este dato uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión". A la acusación incumbe, pues, la acreditación de la existencia de la resolución judicial que dispone el pago y la conducta omisiva, esto es, lo recogido por el sentenciador en el factum.

El cónyuge imposibilitado para atender al pago de la prestación económica establecida en favor de su consorte o de sus hijos, por convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, ha de acudir a la vía civil en solicitud de rectificación de las medidas, pues un pronunciamiento sobre este particular en este ámbito penal es poco acorde con la finalidad del precepto. El Juez Penal, como muy bien dijo el Ministerio Fiscal en su informe oral, no puede convertirse en una tercera instancia, para revisar los pronunciamientos de los Juzgados de Familia y de las Audiencias Provinciales. Desde este planteamiento, es el acusado y no el acusador el que ha de probar su imposibilidad de hacer frente a las prestaciones fijadas, siendo ante el juez de familia y no en el procedimiento penal, poco adecuado para estas investigaciones. De todas formas, como sugiere la sentencia del Tribunal Supremo comentada y la del mismo Tribunal de 3 de abril de 2.001, en ponencia del Excmo Sr. Ramos Gancedo, en estas valoraciones ha de rechazarse cualquier formal automatismo, máxime en los casos, como el enjuiciado, de cumplimiento parcial. El sentenciador alude en su fundamentación jurídica, como factores determinantes de la carencia de medios económicos del acusado, a la depresión que le aqueja desde el año 1.998 y a la crisis económica de las sociedades de las que era administrador, sin tomar en consideración toda la extensa argumentación contenida sobre la situación económica del acusado en el primer fundamento jurídico de la sentencia de separación de 30 de junio de 1.998, que fue calificada de acertada por la sentencia de la Audiencia Provincial de 8 de junio de 2.000, en la que se debatió también el importe de la pensión, pues el actual acusado,

pretendía en aquel procedimiento, como apelante, que se rebajara la pensión fijada a las cantidades que venía satisfaciendo de cincuenta mil pesetas por cada uno de los conceptos, hasta un total de ciento cincuenta mil pesetas mensuales. El acusado encauzó debidamente el debate al presentar en la vía civil demanda de modificación de medidas que fue admitida a trámite en septiembre de 2.000. Basta leer el tercero de los fundamentos de derecho de la sentencia dictada por el Juez de familia en los indicados autos, el 15 de febrero de 2.001, para que no pueda aceptarse aquí la imposibilidad de hacer frente a los pagos. El Juez de Familia desestimó la demanda tendente a rebajar las pensiones y puso de relieve una actitud reiterada del demandante de ocultar y falsear sus verdaderos ingresos; destacó la pertinaz negativa del actor a dar cumplimiento a lo acordado por el Juzgado y aludió a la mala fe procesal del actor. Es claro que un pronunciamiento absolutorio en la vía penal supondría una desautorización de las conclusiones a que se ha llegado en la vía civil, tras un conocimiento más detallado y específico sobre la cuestión a dilucidar. Ciertamente es que las pensiones fijadas son muy elevadas e inusuales, pero las posibilidades del obligado a prestarlas están en consonancia, según la valoración del Juez de Familia. En el caso enjuiciado, el abono parcial efectuado por el acusado es de cuantía tan reducida en relación con la cantidad fijada en la sentencia de separación, que esta Sala estima que concurre también este tercer elemento de la voluntariedad en la conducta omisiva, pues las deudas líquidas, vencidas y exigibles no pueden ser alteradas unilateralmente.

Procede, por tanto, acceder a la pretensión del recurrente y estimar que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de Abandono de Familia, previsto y penado en el artículo 227 del Código Penal, cuya comisión procede imputar, en concepto de autor, conforme a los artículos 27 y 28 del mismo texto legal, a (...).

En lo que a individualización de la pena se refiere, no se advierte especial gravedad en el hecho que haga aconsejable la imposición de la pena por encima del mínimo legal permitido -regla 1ª el artículo 66 del Código Penal, al no haber concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal- de arresto de ocho fines de semana.

SEGUNDO.- La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados, conforme determina el artículo 109 del Código Penal. El contenido de esta responsabilidad civil viene detallada en el artículo 110 del mismo texto al decir que comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios materiales y morales. La idea que preside el sistema es la de restaurar el desequilibrio económico originado por la infracción, por lo que no hay obstáculo alguno en acceder a la pretensión indemnizatoria del apelante, que se asienta en el número 3. del artículo 227 del Código Penal, si bien limitada a las seis mensualidades de pago parcial -mayo a octubre- recogidas en la sentencia, por lo que el debito asciende a tres millones de pesetas, pues el impago total de una mensualidad que alega el recurrente no ha quedado acreditado.

TERCERO.- Que las costas de la primera instancia se entienden impuestas por la Ley, conforme predica el artículo 123 del Código Penal, a los criminalmente responsables de todo delito o falta, debiendo estimarse incluidas en la condena las devengadas por la acusación particular. En lo que se refiere a las de esta alzada, al ser estimatoria la resolución del recurso, está justificada la tramitación seguida, por lo que procede declarar de oficio las costas originadas, conforme posibilita el número primero del artículo 240

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los preceptos citados; los artículos 142, 145, 146, 147, 149, 741, 795, 796 y 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 82, 248 y 253 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás normas de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, (...), en nombre y representación de (...) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número Siete de Málaga, con anterioridad especificada, revocamos íntegramente el fallo absolutorio dictado y debemos condenar y condenamos a (...) como autor criminalmente responsable de un delito de Abandono de Familia, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ARRESTO DE OCHO FINES DE SEMANA y al pago de las costas de la primera instancia de este juicio, con inclusión de las devengadas por la acusación particular, con declaración de oficio de las costas de esta alzada, debiendo indemnizar a (...), en la cantidad de tres millones de pesetas, por el parcial impago de las pensiones correspondientes a los meses de mayo a junio de 1.999, más los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Reclámese del Juzgado Instructor el envío de la pieza separada de responsabilidad civil concluida conforme a derecho.

Lévese nota de esta condena al Registro Central de Penados y Rebeldes. Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe otro recurso que el extraordinario de revisión.

Dedúzcase testimonio y remítase, junto con el procedimiento principal, al Juzgado de su procedencia.

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

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA (SECCION 3ª PENAL) DE 10 DE DICIEMBRE DE 2001. SOBRE LA SUFICIENCIA DE MEDIOS ECONÓMICOS DEL IMPUTADO EN UN PROCESO POR IMPAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS.

El impago de las prestaciones económicas fijadas en los procesos de familia supone uno de los mayores problemas con el que tienen que enfrentarse las mujeres que toman la decisión de modificar su situación familiar, poniendo fin a su matrimonio o convivencia estable de pareja.

Recientes datos estadísticos cifran en un 60% el porcentaje de pensiones judiciales que no se abonan nunca, en otro 20% el de las que se pagan de forma irregular (parcialmente o con retrasos) y solo en un 20% las que se hacen efectivas conforme a lo acordado por las partes en convenio o en los términos del auto o sentencia judicial correspondiente.

Igualmente estudios sociales sobre marginación y pobreza afirman que uno de los factores que conducen cada vez más frecuentemente a esta situación, es la constitución de nuevas unidades familiares monoparentales (normalmente encabezadas por mujeres) tras un proceso de separación/divorcio o ruptura de pareja estable, fenómeno directamente relacionado con las dificultades de esas mujeres

para percibir las prestaciones económicas que a favor del nuevo núcleo familiar ha fijado el Juez.

Hasta que se articulen medidas eficaces que solventen ese problema (creación de un fondo de garantía de las pensiones impagadas que permita su cobro, subrogándose el Estado en la reclamación al moroso) y ante la dificultad que supone en muchos casos la ejecución civil (insolvencias aparentes o trabajos en la economía sumergida), el proceso penal del artículo 227 del Código Penal aparece como el último recurso legal para obtener una tutela judicial efectiva.

Una de las cuestiones que mas debate suscita el tipo penal del referido artículo 227 es la relativa a la concurrencia o no de estado de necesidad en el imputado, o en otras palabras, la falta de medios del incumplidor para hacer frente a las contribuciones económicas establecidas, y su valoración como posible excusa absolutoria o atenuante de la responsabilidad penal que sanciona dicho precepto.

La sentencia que reseñamos de la A.P de Málaga (ponente D. Carlos Prieto) reafirma una tesis que ya ha sido recogida en varias sentencias del Tribunal Supremo pero que no siempre es compartida por algunos Juzgados de lo Penal; en síntesis dicha tesis hace radicar esencialmente en el Juzgado de Familia el juicio de suficiencia sobre los medios económicos del obligado al pago para hacer efectivas las prestaciones. Tal premisa es coherente con una visión global del ordenamiento jurídico dado que el juez que conoce del proceso de familia del que dimana la contribución fijada, ya ha realizado una valoración de los medios económicos del pagador, pues tanto el artículo 146 del Código Civil para las pensiones alimenticias como el 97 en los supuestos de pensión compensatoria por desequilibrio económico, exigen que el juez tenga en cuenta para fijar su cuantía el caudal y los medios de quien tiene que abonarlas. Además el derecho de familia tiene sus propios mecanismos correctores ante posibles avatares económicos posteriores del pagador, concretamente el conocido proceso de modificación de medidas (actual artículo 775 de la LEC) que permite el reajuste de las contribuciones económicas acordadas cuando se alteran sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación (artículos 91 y 100 del Código Civil) una de las cuales es indudablemente los medios y caudal del obligado al pago.

Como dice la propia sentencia esa doctrina impide, como frecuentemente ocurre cuando no se aplica, que el Juzgado de Instrucción o de lo Penal o incluso la Audiencia Provincial se conviertan en tercera o cuarta instancia respecto a la proporcionalidad de las pensiones impagadas con los medios económicos del imputado; además evitaría que se dictasen ciertas sentencias en vía penal que causan profunda sorpresa por su contradicción con lo probado en sede civil de familia y que ciegan definitivamente el derecho de muchas mujeres a percibir prestaciones económicas a las que legítimamente creían tener derecho. (JOSÉ LUIS UTRERA GUTIÉRREZ. JUEZ DE FAMILIA. MÁLAGA.)

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA (SECCIÓN SÉPTIMA) 21/2002, DE 26 DE ABRIL DE 2002¹⁴. MALOS TRATOS HABITUALES Y LESIONES PSICOLÓGICAS CON PLURALIDAD DE VÍCTIMAS, LA MADRE Y SUS DOS HIJOS

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Decimosegundo.- Los hechos constituyen en segundo término tres delitos de maltrato familiar habitual del artículo 153 CP, modificado por la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, cuyo tenor literal es el siguiente: "El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudiera corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendida en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

Decimotercero.- La doctrina jurisprudencial sobre el precepto acabado de transcribir (SSTS 927/2000 de 24 de junio, 164/2001 de 5 de marzo y 20/2002 de 22 de enero) puede resumirse del siguiente modo:

- 1) el antecedente del precepto es el artículo 425 del CP73 introducido por LO 3/89 de 21 de junio, que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad.
- 2) el artículo 153 CP mejoró el artículo 425 CP73 en determinados aspectos: a) incluyó las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes; b) introdujo la exigencia de convivencia, aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del autor o de su pareja; c) conserve la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituida por ser cónyuge o persona "ligada de forma estable por análoga relación de afectividad", dato que constituye la razón del tipo; d) la otra nota definidora del tipo la constituye la habitualidad, elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el art. 94 de Código Penal, que se refiere exclusivamente a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Así se infiere de la situación sistemática de dicho artículo 94 (dentro del Capítulo III del Título III "de las penas"), y de la expresa remisión con que se inicia el artículo "...a los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este capítulo...", que se refiere

re a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas.

- 3) la LO 14/99, con el propósito explicitado en su exposición de motivos de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, introdujo en su artículo 153 las siguientes reformas:
 - a) en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia more uxorio al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a la misma.
 - b) amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la violencia física y ahora se extiende también a la psíquica.
 - c) proporciona una definición legal de habitualidad que se vertebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar, y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior. La habitualidad que es un término de clara raíz criminológica, viene a constituirse así en el elemento definidor del tipo y aparece definida por la concurrencia de los elementos citados; y lo relevante para apreciarla, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor, que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual.
- 4) el delito del art. 153 CP es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, considerados aisladamente.

Es preciso por ello abordarlo desde una perspectiva estrictamente constitucional, ya que a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE), que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE) y en el derecho a la seguridad (artículo 17 CE), quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39 CE.

Y coherentemente con este enfoque, el delito en cuestión debe ser abordado

¹⁴ Se publica parcialmente.

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja; y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de estas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse por todo ello que el bien jurídico protegido es aquí la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

5) esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 es el que permite con claridad afirmar la sustentividad de este tipo penal. Los concretos actos de violencia sólo tienen, pues, el valor de acreditar la actitud del agresor; y ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito -se estaría en un supuesto de concurso de delitos (artículo 77 CP) y no de normas-, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la L.O. 14/99 de 9 de junio. Siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas de agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquellas hayan quedado prescritas.

Decimocuarto.- En nuestro caso, los hechos que hemos considerado acreditados integran tres delitos del artículo 153 CP. Ya que durante años el acusado hizo objeto a su esposa y a cada uno de sus dos hijos, de violencias físicas y psíquicas reiteradas, insultando, amenazando y agrediendo en multitud de ocasiones a (...) agrediendo sin motivo y también muchas veces a sus dos hijos, y creando de esta manera un clima de tensión y de miedo que afectó a los tres psíquicamente, como más adelante veremos con más detenimiento. Todo ello incluso después de que (...) se fuera del hogar familiar con aquellos, hasta el mes de septiembre de 1999 cuando menos.

Visto lo cual, estimamos de aplicación el artículo 153 tal como quedó redactado después de la reforma de la L.O. 14/99. Ya que siendo permanente el delito en cuestión, la legislación aplicable es la vigente cuando se produce la última de las acciones que lo integran, porque hasta ese momento se prolongó la situación antijurídica; y en nuestro caso los actos del acusado relevantes al respecto, unos son anteriores y otros posteriores a la vigencia de dicha LO 14/99.

Decimoquinto.- Como ha solicitado la defensa de la acusadora particular, apreciamos tres delitos del artículo 153 CP dada la entidad de los hechos que afectaron a cada una de las tres víctimas, y no uno sola de esas infracciones como ha entendido el Ministerio Fiscal.

Como ya hemos visto el párrafo segundo de dicho precepto configura la habitualidad "con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas". Siendo esta una de las reglas introducidas por la LO 14/99, en nuestra opinión quiere decir lo siguiente:

a) puede que las víctimas sean una o varias, siempre naturalmente que se trate de personas incluidas en el artículo 153.

b) si son varias, para apreciar la habitualidad requerida por el precepto pueden tenerse en cuenta globalmente los actos de violencia sufridos por todas ellas. Ello aunque considerados por separado, esto es, ponderando aisladamente las agresiones sufridas por la víctima, no fueran suficientes para apreciar tal habitualidad.

c) en el mismo caso de pluralidad de víctimas, si todas han sido objeto de actos de violencia que considerados por separado deban ser considerados como habituales, se apreciarán tantos delitos del artículo 153 como víctimas haya. Ya que en tales supuestos se cumplen las exigencias del tipo respecto a cada una de dichas personas. Así lo consideran diversos autores como Maqueda Abreu, y Olmedo Cardenete; y las profesoras Pastora García Álvarez y Juana del Carpio Delgado, para quienes "...si se pone en peligro de lesión la salud física o mental de distintas personas, el desvalor que conlleva la puesta en peligro de varios bienes jurídicos no podrá ser correctamente abarcado si sólo se aprecia un único delito de malos tratos...".

Pues bien el nuestro es un supuesto de los descritos en el anterior apartado c) porque el cúmulo de actos de violencia sufridos por (...) de una parte, por su hija (...) por otra, y finalmente por su hijo (...), es de tal magnitud que los elementos esenciales del tipo delictivo que nos ocupa concurren con relación a cada uno de dichas tres personas; y en consecuencia, son tres y no un solo delito del artículo 153 los que apreciamos.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, SECCIÓN SÉPTIMA, 21/2.002, DE FECHA 26 DE ABRIL DE 2.002

La sentencia de 26 de abril de 2.002 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla tiene una gran transcendencia jurídica por los siguientes motivos:

1) Se condena por tres delitos de violencia habitual, en contra de la jurisprudencia dominante hasta la fecha que sostiene que por cada núcleo familiar hay que aplicar un solo delito de violencia habitual. Por el contrario la sala acepta el planteamiento de que existiendo agresiones habituales para cada víctima se cumple respecto de cada una de ellas el tipo del 153 C.P., en vez de la sostenida por el Ministerio Fiscal y la defensa del acusado (un solo delito de violencia habitual).

A efectos prácticos la sentencia abre la posibilidad a que se obtengan condenas muy superiores a las obtenidas hasta ahora, abarcando el cuadro completo, con multiplicidad de víctimas, de los malos tratos. En este caso concreto se condena a tres años de prisión respecto de cada uno de los tres delitos de violencia habitual.

2) Se condena por tres delitos de lesiones psicológicas, causadas por hechos que en su mayoría habían sucedido hacía más de cinco años, en base a cuatro informes psicológicos y sus correspondientes ratificaciones; tres de ellos aportados junto al escrito de denuncia (uno respecto de la madre emitido por el psicólogo de la Casa de Acogida del I.A.M, y dos respecto de los hijos emitidos por la psicóloga de la Asociación de Mujeres A.P.A.M), y uno realizado muy posteriormente, durante la fase de

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

instrucción, por la psicóloga adscrita a los Juzgados de Sevilla, exclusivamente respecto de la madre.

La investigación y prueba de las lesiones psicológicas, a instancias de la acusación particular, ha supuesto un considerable incremento de la condena global (tres años por lesiones a cada hijo, y dos años y medio por lesiones a la madre).

3) Se condena a doce años de prisión por un delito continuado de agresiones sexuales, en base expresamente a la declaración de la esposa/víctima y los dos informes psicológicos respecto de ella, ya que los psicólogos, a instancia de esta acusación, valoraron su credibilidad, y la posibilidad de simulación o fabulación.

El motivo por el cual esta acusación particular solicitó que se valorase la credibilidad de la madre, fue que ésta había formulado diversas denuncias y nunca había referido agresiones sexuales, lo que en principio podía restar credibilidad a su testimonio. De hecho, se le diagnosticó por el psicólogo de la Casa de Acogida, además de un trastorno por estrés posttraumático, una amnesia selectiva, de la cual había salido precisamente mientras se le tomaba declaración detallada por parte de su abogada. Circunstancias estas de carácter psicológico que entendimos debían ser, además de constatadas, introducidas en el procedimiento judicial con suficiente claridad y detalle para ser comprendidas y valoradas por los diversos operadores del derecho. Esas circunstancias han sido recogidas por la sentencia y consideradas en orden a la credibilidad de la declaración de la víctima.

4) Además de las penas de prisión, se imponen como penas accesorias las de prohibición de aproximarse, de residir en Sevilla, y de comunicar con las víctimas durante el plazo máximo posible (5 años) por cada uno de los delitos, especificando a partir de qué momento deberán empezar a computarse la prohibición de aproximarse y residir. Se destaca que no es frecuente la imposición de estas penas y de hecho sólo la acusación particular las solicitó.

5) Condena a veintinueve años y seis meses de prisión, en total, tras aplicar las reglas del concurso real respecto de las conductas ejercidas por el maltratador contra su esposa y contra sus hijos. La procedencia de aplicar el concurso real fue planteada desde el propio escrito de denuncia en el que se detallaron episodios complejos de malos tratos conexos entre sí (agresiones sexuales, amenazas, violencia física y psicológica) referidos algunos de ellos respecto de una pluralidad de víctimas (la madre y sus dos hijos) y con resultado de lesiones psicológicas para las tres víctimas.

La dificultad que existe en la práctica para aplicar las normas del concurso y la acumulación en los casos de malos tratos queda constatada por el propio hecho de que durante la instrucción de este expediente, el Ministerio Fiscal solicitó la tramitación independiente por cada posible delito y

así fue acordado por la Jueza Instructora, siguiendo la tendencia general, en perjuicio de las víctimas, de no tramitar de manera acumulada este tipo de hechos si afectan a bienes jurídicos distintos; sin tener en cuenta que las víctimas y los agresores son los mismos o se encuentran relacionados e inmersos en la misma dinámica de control y/humillación, y por tanto son hechos conexos. Esta falta de tramitación unitaria no solo supone un incremento de la segunda victimización, por multiplicar los esfuerzos de las víctimas, sino también una menor protección para las víctimas ya que ningún tribunal llega a tener la visión total de los hechos, y por tanto de la peligrosidad, y las sentencias serán generalmente inferiores a dos años, quedando en la mayoría de los casos de manera automática el condenado en libertad condicional por falta de antecedentes.

En este caso concreto, no fue así ya que, tras el oportuno recurso, se mantuvo la tramitación conjunta.

Posteriormente, al dictarse auto de procesamiento, el tribunal instructor redujo la acción penal al maltrato a la madre. De nuevo fue necesario un recurso tras el cual se incorporaron los posibles delitos de violencia habitual y lesiones a los hijos.

Finalmente la Audiencia Provincial, Sección Séptima, condenó por todos los delitos solicitados por la acusación particular, con excepción del delito continuado de amenazas el cual no fue detallado en la declaración de la víctima en el acto del juicio.

6) Frente a las indemnizaciones irrisorias que se otorgan frecuentemente, la Sala, otorga una indemnización más ajustada a los padecimientos de las víctimas: 150.000 euros para la madre y 30.000 euros para cada uno de sus hijos. El Ministerio fiscal había solicitado 12.020 euros para la madre y 6.010 para cada hijo.

Por último, quisiera destacar que durante la Instrucción de este procedimiento, a pesar de los numerosos indicios de malos tratos severos, y de la persistencia cíclica de actitudes de hostigamiento y persecución hacia la madre y los hijos, no se acordó la medida de prisión provisional. De hecho no se acordó ninguna medida de protección, y fue otro Juzgado, en fase de ejecución de sentencia, el que, ante los mismos hechos (persistencia de hostigamiento y persecuciones) encontró peligrosidad y acordó el ingreso en prisión. Una vez las actuaciones en la Sección Séptima de la A.P. de Sevilla, valorando la posibilidad de reincidir el agresor en los mismo hechos, se acordó también la prisión provisional, ante la evidencia de que la pena de prisión por la que se encontraba recluso el agresor iba a ser próximamente extinguida. En este sentido, la intervención de la Audiencia no solamente ha sido ejemplar en orden a la relevancia de la pena si no también respecto de la protección otorgada a las víctimas.(AMPARO DÍAZ RAMOS. ABOGADA. ASOCIACIÓN DERECHO Y DEMOCRACIA).

NOTICIAS

El Instituto Andaluz de la Mujer ha creado un Servicio especializado de Asesoramiento Jurídico e Intervención Inmediata en casos de Violencia de Género, en desarrollo de la Medida número 5 del Plan de Acción del Gobierno Andaluz contra la Violencia hacia las Mujeres (2001-2004) este Servicio comprende: el asesoramiento jurídico telefónico a través del teléfono 900 200 999, para todas las víctimas de violencia de género en Andalucía; la asistencia letrada inmediata, en aquellos casos que lo precisen, a fin de garantizar, con carácter urgente, la atención legal a la víctima donde se encuentre, Juzgado, Comisaría de Policía,...; y este Servicio también presta asesoramiento jurídico on-line, a través de la página web del Instituto Andaluz de la Mujer, que ofrece una Guía de los Derechos de la Mujer, y la posibilidad de formular, a través de la red, consultas personalizadas a las asesoras jurídicas expertas en la materia.

El Tribunal Supremo estima un recurso de casación en el que reconoce la existencia de una relación de paternidad sobre la base de una serie de hechos que la demuestran de manera contundente, pese a la falta de fiabilidad de la prueba practicada de ADN, debida al tiempo transcurrido desde el fallecimiento del padre.

La Audiencia Provincial de Alicante distingue entre pensión por alimentos y pensión compensatoria sobre la base de su distinta finalidad. La pensión por alimentos se otorga sobre la base de la necesidad de quien la solicita, mientras que la pensión compensatoria pretende superar el desequilibrio económico derivado para uno de los cónyuges de la ruptura de la relación conyugal. Sigue así el criterio establecido en Sentencia del TSJ de Cataluña recogida en el núm. 9 de Artículo 14.

La colaboración entre el Instituto Andaluz de la Mujer y la Asociación de Asistencia a Mujeres Víctimas de Agresiones Sexuales AMUVI ha propiciado la creación de un Servicio de asistencia legal y apoyo psicológico a las mujeres víctimas de agresiones sexuales en Andalucía, que se desarrolla en todas las provincias andaluzas. Las víctimas de abusos o agresiones sexuales pueden obtener en este servicio:

información y asesoramiento jurídico, asistencia legal en el proceso judicial y atención psicológica especializada.

Se crea en el Parlamento de Andalucía un grupo de trabajo para estudiar el acoso moral en la Administración y en la empresa privada.

Se hizo pública por primera vez por el Gobierno de Castilla-La Mancha una lista de sentencias firmes contra maltratadores, que incluía la identidad de los mismos. El informe recoge 18 de las 41 sentencias falladas de mayo a diciembre de 2001, al no haberse obtenido en los restantes casos el consentimiento de las víctimas.

Ante el déficit de presencia de mujeres apreciado en la Convención por el futuro de la Unión Europea, el Parlamento Europeo propuso diversas medidas dirigidas a promover la democracia paritaria en los diversos ámbitos comunitarios. Asimismo, se propuso la creación de un grupo de expertos en igualdad para asesorar a la mencionada Convención.

El Instituto Andaluz de la Mujer ha organizado el Encuentro Internacional sobre Tráfico de Mujeres y Explotación Sexual, celebrado en Málaga los días 23 y 24 de septiembre, con el objetivo de ofrecer una visión internacional acerca de cómo abordar este problema desde los distintos contextos: países de origen y países receptores, así como para concienciar de los graves problemas que afectan a las víctimas. Han formado parte de los contenidos del Encuentro temas relacionados con la globalización y sus efectos sobre el tráfico de mujeres, las políticas Europeas, las medidas para luchar contra las redes del tráfico y la protección a las víctimas, así como los planteamientos para la erradicación del tráfico de mujeres y explotación sexual desde las organizaciones de mujeres, estos contenidos han sido abordados por expertas nacionales e internacionales y han asistido al mismo más de trescientos profesionales de diversos ámbitos, justicia, salud, servicios sociales, policía, medios de comunicación y estudiosas del tema.

Instituto Andaluz de la Mujer

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

Teléfono de Información a la Mujer

900 200 999