

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

NÚM. 8 • DICIEMBRE DE 2001

DOCTRINA

- Los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

LEGISLACIÓN

- Sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- Permisos Paternidad y Maternidad. Seguridad Social por Maternidad.

JURISPRUDENCIA

- Protección de las Mujeres Embarazadas.
- Indemnización a favor de quien no contrajo matrimonio por razones ideológicas.
- Presunción de Inocencia y Declaración de la Víctima de un Delito de Abuso Sexual.
- Secreto de las Comunicaciones e Intimidad en las Relaciones Matrimoniales.
- Malos Tratos habituales y Lesión Psíquica.

**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

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

Los Procesos Matrimoniales en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil
Dra. Blanca Sillero Crovetto
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga
M.^a Dolores Cabello Fernández
Profesora Asociada de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga 4

LEGISLACIÓN

Protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas
las formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York
El 6 de octubre de 1999 16

Ley 12/2001, de 9 de julio de medidas urgentes de reforma del mercado
de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad 19

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 23

JURISPRUDENCIA • TJCE •

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala Quinta),
de 4 de octubre de 2001. Protección de las mujeres embarazadas 28

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala Quinta),
de 4 de octubre de 2001. Despido de una trabajadora embarazada 34

JURISPRUDENCIA • TC •

Sentencia del Tribunal Constitucional número 180/2001, de 17 de
septiembre de 2001. Indemnización a favor de quien no contrajo
matrimonio por razones ideológicas 38

JURISPRUDENCIA • TS •

Sentencia del Tribunal Supremo núm 546, de 3 de abril de 2001. Presunción
de inocencia y declaración de la víctima de un delito de abuso sexual 44

Sentencia del Tribunal Supremo núm 872/2001, de 14 de mayo de 2001.
Secreto de las comunicaciones e intimidad en las relaciones matrimoniales .. 46

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de mayo
de 2000. Despido por Renfe de trabajadora embarazada 50

Sentencia núm 414/01 del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Sevilla, de
11 de octubre de 2001. Delito de malos tratos habituales 53

Sentencia núm 144/01 del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Sevilla, de
3 de abril de 2001. Delito de malos tratos habituales y Delito de lesión
psíquica 55

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES 58

NOTICIAS 59

PRESENTACIÓN

Recientemente se ha cumplido el vigésimo aniversario del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Un aniversario que ha propiciado el debate sobre la conveniencia de una reforma estatutaria, al igual que ocurriera con el Texto Constitucional de 1978, al cumplirse los 20 años de su promulgación.

También, con motivo de los 70 años de la consecución del voto femenino en España, hemos recuperado de la memoria histórica los esfuerzos que precedieron al reconocimiento del derecho a sufragio activo de las mujeres, efemérides que nos han servido para reflexionar sobre el camino que aún queda por recorrer para la Igualdad real de mujeres y hombres.

Efectivamente, el proceso hacia la Igualdad se ha ido desarrollando conforme a una evolución legislativa muy importante. Primero con su reconocimiento constitucional en el artículo 14 y seguidamente con su aplicación normativa, se ha ido consolidando una equiparación jurídica muy exhaustiva, tanto que hoy puede decirse que en nuestro país, mujeres y hombres gozamos de igualdad legislativa.

En estos momentos, contamos con un marco de Derecho Igualitario al que ha contribuido en gran parte, el esfuerzo realizado en los últimos años por los Poderes Públicos. Así mismo, nos encontramos ante un importante cambio estructural de nuestra sociedad, en el que es indiscutible el papel desempeñado por las mujeres, y que refuerza la tesis de su necesaria participación en el desarrollo político y social de Andalucía.

Sin embargo, a pesar de estos avances, no ha quedado garantizada la Igualdad real. La discriminación de género sigue existiendo en todos los ámbitos, como ocurre en la educación de los niños y niñas, en el acceso y las condiciones de trabajo, en el uso de la imagen de la mujer, o en el reparto de responsabilidades y tareas domésticas, entre otros, que siguen obstaculizando el pleno desarrollo de los derechos y libertades fundamentales de las mujeres.

En definitiva, aún existe una gran distancia entre el Derecho y la realidad que viven las mujeres en nuestra sociedad, motivo por el cual es necesario acelerar este proceso de consecución de la Igualdad real y efectiva.

En este sentido, es preciso impulsar los cambios necesarios, e incidir específicamente sobre el marco normativo, al objeto de confirmar, consolidar y profundizar en los derechos conseguidos por las mujeres y dar un salto cualitativo en la construcción de una sociedad más igualitaria.

Sería muy deseable que los andaluces y andaluzas pudiéramos contar con una *Ley para la Igualdad de las Mujeres*. Una iniciativa política, en el marco de nuestra Comunidad Autónoma, que contribuya a acortar el lento proceso histórico de incorporación de las mujeres a la sociedad, en el pleno ejercicio de sus derechos de ciudadanas en el plano político, social, económico y familiar.

Teresa Jiménez Vilchez

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

LOS PROCESOS MATRIMONIALES EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

DRA. BLANCA SILLERO CROVETTO* Y M^a DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ**

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga

** Profesora Asociada Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

La publicación el 8 de enero de 2000 del nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, ha reducido considerablemente los tipos de procedimientos para la tutela de los derechos o intereses legítimos. La pluralidad de cauces -ordinarios y especiales o con especialidades- previstos en la LEC/1981 y en multitud de normas extravagantes, se reducen ahora a dos procesos ordinarios y a ocho especiales que se han considerado imprescindibles mantener o introducir.

Los procesos especiales en sentido estricto que la Ley ha considerado imprescindible mantener o introducir son los regulados en el Título I del Libro IV (arts. 748-781) y todos ellos responden a las peculiaridades que presenta el derecho o interés protegido en el ámbito sustantivo. Entre ellos se encuentran los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores regulados en el Título Primero del Libro IV.

En todos ellos recoge la Ley un conjunto de normas procesales que diseñan unos procedimientos sencillos que respetan las peculiaridades de los derechos e intereses en juego. Se trata de disposiciones que siempre debieron estar en la Ley procesal, pero que por diversas razones, y a veces con carácter provisional, como las normas reguladoras de los procesos matrimoniales se encontraban dispersos en las leyes sustantivas. La consecuencia de este cambio de perspectiva ha sido la derogación de un abundante número de preceptos sustantivos, en especial del Código civil, en el que aquéllas disposiciones se contenían.

Dentro de estos procesos el art. 748 incluye los siguientes:

1. Los que versan sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad y los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad¹.
2. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. Son los procesos en materia matrimonial y los procedimientos para la adopción de medidas (previas o simultáneas a la demanda); y para su modificación, que se encontraban regulados en la Ley 30/1981 de 7 de julio y en la LEC/1981, que ahora también resultan derogados².
3. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra otro en nombre de los hijos menores.
4. Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial³.
5. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores⁴.

1. El legislador se ha limitado en estos casos, en lo fundamental, a trasladar a la ley procesal las normas relativas a los mismos recogidos antes en el CC, que como hemos dicho, ahora quedan derogadas..

2. Por el cauce previsto para estos procesos se tramitan también las demás pretensiones que se formulan al amparo del Título IV del Libro I del CC (que lleva por rólulo "Del matrimonio") y que no tengan señalado un procedimiento específico: cabe señalar a título enunciativo: a) la pretensión de resarcimiento por incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio (art. 42 CC); b) las pretensiones de extinción o de modificación de la pensión compensatoria; c) los procesos que persigan recuperar la patria potestad o modificar las resoluciones judiciales sobre la misma; etc....

3. Es el proceso previsto ahora en el art. 778 y antes regulado en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

4. Se refiere a ellos el art. 780, precepto con el que se trata de cubrir la laguna procedimental del art. 172.6 CC.

DOCTRINA

6. Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción⁵.

De estos procesos especiales en sentido estricto, nos ocupamos exclusivamente del estudio de los procesos de nulidad del matrimonio, separación y divorcio, y con una doble pretensión:

- 1º) Poner de manifiesto como estos procesos se estructuran sobre la base de unos principios técnicos diferentes de los que rigen con carácter general en el proceso civil. Razón que justifica el análisis de los arts. 749 a 755 LEC que constituyen un conjunto de disposiciones generales que tienden a poner de manifiesto estas características.
- 2º) Analizar las especialidades de los procesos en materia matrimonial, y en particular los procedimientos para la adopción de medidas provisionales y definitivas en la nueva LEC.

II. DISPOSICIONES GENERALES

Los procesos sobre matrimonio, aun teniendo inequívoca naturaleza civil, revisten en mayor o menor medida un interés público. No se juzga sobre derechos o intereses privados sometidos al pleno poder de disposición de sus titulares, como en la generalidad de los procesos civiles, sino que se juzga sobre situaciones jurídicas a las que subyace un interés general que trasciende la voluntad de las personas directamente afectadas por las mismas. En atención a ese interés público que subyace a las situaciones jurídicas sustantivas en juego en este tipo de procesos, el legislador, en el terreno del Derecho sustantivo, excluye o limita el poder de disposición de los particulares sobre esas situaciones jurídicas. Si eso es así en el terreno sustantivo, lógicamente debe ser así también en el terreno procesal. El Derecho procesal debe ser en este aspecto fiel reflejo de las reglas y principios que informan el Derecho sustantivo al que sirve como instrumento de tutela⁶. Partiendo de esta premisa se entenderá por qué las cuestiones jurídicas sustantivas relativas a la nulidad, separación y divorcio están necesitadas de normas procesales especiales. Los procesos civiles declarativos ordinarios están concebidos, estructurados y encaminados a la tutela jurisdiccional de situaciones jurídicas sobre las que sus titulares tienen poder de disposición. De ahí que esos procesos se inspiren en el principio dispositivo y en el principio de aportación de parte. Pero de ahí también que no puedan resultar instrumentos adecuados de tutela jurisdiccional de aquellas situaciones jurídicas en las que, por razones de interés público, ese poder de disposición esté excluido o limitado. Ha de construir, en suma, procesos especiales en los que quedan plasmadas esa exclusión o limitación del principio dispositivo y del principio de aportación de parte, y su sustitución, en todo o en parte, por los opuestos principios de oficialidad y de investigación oficial. Pues bien, ésa es la ratio de las disposiciones generales aplicables a los procesos sobre matrimonio⁷.

II.1. Intervención del Ministerio Fiscal

El art. 749 LEC regula en qué casos debe intervenir el Ministerio Fiscal⁸:

- a) El Ministerio Fiscal debe intervenir, en todo caso, en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de filiación. Esta intervención puede producirse en conceptos muy distintos; en ciertos casos, actúa como promotor, esto es como demandante; en otros casos, debe asumir la defensa de alguna de las partes; y en fin, en todo caso, aun-

⁵ Regulados en el art. 781, que desarrolla en su aspecto procesal el art. 177.2º CC.

⁶ En palabras de la Exposición de Motivos LEC "Por lo que respecta a los procesos en que no rige el principio dispositivo, o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal, la Ley no se limita a codificar, sino que, con pleno respeto a las normas sustantivas, de las que el proceso ha de ser instrumental, diseña procedimientos sencillos y presta singular atención a los problemas reales mostrados por la experiencia".

⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales, Madrid, 2000, pág. 410, para quien, en realidad, entre las disposiciones generales, reguladas en los arts. 748-755 LEC cabe distinguir dos tipos. En primer lugar, las que derivan de forma directa o están inspiradas en ese interés público. En este grupo hay que situar los arts. 749 -intervención del Ministerio Fiscal-, 751 -indisponibilidad del objeto del proceso-, 752 -prueba-, 754 -exclusión de la publicidad-, y 755 -acceso de las sentencias a Registros públicos-. Y, en segundo lugar, hay otras que poco tienen que ver con ese interés público y que atienden a razones de técnica procesal. Así los arts. 750 -representación y defensa de las partes-, y 753 -tramitación-.

⁸ "La intervención del Ministerio Fiscal es la primera manifestación procesal de ese interés público que subyace a las situaciones jurídicas objeto de este proceso. El hecho de su intervención implica ya per se una exclusión en unos casos, o una limitación en otros del principio dispositivo y del principio de aportación de parte. Así en ciertos supuestos, el Ministerio Fiscal asume la función de iniciar el proceso. En esos casos esa atribución del Ministerio fiscal se funda en las funciones que tiene constitucional y legalmente asignadas (art. 124 constitución Española), pero también en el deseo de evitar una aplicación pura y simple del principio de oficialidad que conduciría a permitir al propio órgano jurisdiccional la incoación de oficio del proceso. Y en segundo lugar, en todos los demás casos, la intervención como parte del Ministerio fiscal trae consigo la exclusión del principio dispositivo en su manifestación de disponibilidad sobre el objeto del proceso, y del principio de aportación de parte en su manifestación de alegación y prueba de los hechos". Vid. DÍEZ-PICAZO, Derecho Procesal Civil... cit., pág. 412.

DOCTRINA

que no actúe como promotor ni como defensor de alguna de las partes, es siempre parte en tipo de procesos en defensa de la legalidad y del interés público.

b) En los demás procesos será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal

II. 2. Representación y defensa de las partes

Como disposición general establece el art. 750 LEC "Fuera de los casos en que conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este Título con asistencia de abogado y representadas por procurador".

A continuación, el art. 750.2 LEC regula los supuestos en que en los procedimientos de separación o divorcio de común acuerdo los cónyuges pueden valerse de una sola defensa y representación.

Así pues la regla general (coincidente con la establecida en los arts. 31.1 y 23.1 LEC) es la intervención preceptiva de abogado y procurador. La verdadera especialidad reside en que hay casos en que la ley establece que las partes sean defendidas por el Ministerio Fiscal.

II.3. Indisponibilidad del objeto del proceso

Las particularidades derivadas del interés público que subyace a este tipo de procesos se dejan ver con total claridad en el art. 751 LEC, que establece excepciones a los poderes de disposición de las partes que son comunes a la generalidad de los procesos civiles. En realidad, como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO⁹, se establecen dos tipos de reglas que conviene distinguir: las referidas a la indisponibilidad sobre el objeto del proceso y las relativas a la indisponibilidad del proceso.

Así, en primer lugar, en lo que se refiere estrictamente a la indisponibilidad sobre el objeto del proceso, el art. 751 LEC establece que en los procesos sobre matrimonio no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción. De esta regla sólo se exceptúan las materias sobre las que las partes tengan libre poder de disposición según la legislación civil aplicable¹⁰.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la disponibilidad sobre el proceso, la limitación estriba en que, como regla, el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto en los siguientes casos:

- En los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite, después de llegar a la mayoría de edad, la acción de nulidad
- En los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave.
- En los procesos de separación y divorcio.

Tampoco será necesaria la conformidad del Ministerio fiscal para el desistimiento respecto de aquellas materias sobre las que las partes puedan disponer libremente según la legislación civil aplicable.

II.4. Prueba

El art. 752 LEC, aunque lleva por rúbrica el término prueba, contiene toda una serie de reglas aplicables no sólo en materia probatoria, sino también en cuanto a la alegación e introducción de hechos en el proceso. Se trata de excepciones a las reglas generales que establece la LEC para la generalidad de los procesos civiles. Dice el art. 752 LEC:

"1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

⁹. Op. cit., pág 413.

¹⁰. Creemos, que la única materia de las que abarcan estos procesos sobre la que las partes pueden realmente disponer según el Derecho sustantivo son las relativas a la disolución y liquidación de los regímenes económico matrimoniales, así como la denominada pensión compensatoria.

DOCTRINA

Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

- 2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.*
- 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la segunda instancia.*
- 4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente según la legislación civil aplicables, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores".*

Partiendo de la base de las especialidades que establece este precepto no son aplicables a las materias disponibles, sino sólo a las materias no disponibles sobre las que estos procesos versan, dichas especialidades pueden ser enunciadas, en síntesis, de la siguiente manera:

- a) No rige en estos procesos el principio de aportación de parte ni en cuanto a la alegación de los hechos, ni en cuanto a la prueba de los mismos.
- b) El tribunal puede tener en cuenta cualesquiera hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados.
- c) Se confiere al tribunal la potestad de decretar de oficio la práctica de cuantos medios de prueba estime pertinentes.
- d) No rige en estos procesos la regla que vincula al tribunal a los hechos admitidos por las partes. La admisión de hechos es irrelevante tanto si es expresa como si es tácita¹¹.
- e) No rigen en estos procesos las reglas legales de valoración de prueba.

Si el art. 751 LEC establece limitaciones a la disponibilidad del objeto del proceso y a la disponibilidad sobre el proceso, el art. 752 LEC establece no ya limitaciones, sino una radical exclusión de la disponibilidad sobre los hechos. La razón de esta exclusión es siempre la misma: el interés público que subyace a la regulación sustantiva de esta materia y la consecuente necesidad de que las normas procesales sean fiel reflejo de las normas sustantivas.

II.5. Tramitación

El art. 753 LEC establece la regla general aplicable al procedimiento a seguir en este tipo de procesos. Así, salvo que expresamente se disponga otra cosa, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandadas.

Así pues, para este tipo de procesos establece la ley un juicio verbal con contestación escrita, que es un híbrido entre el juicio verbal y el juicio ordinario¹². Con ello, pretende la LEC, de un lado alcanzar la celeridad y agilidad propias de un juicio verbal pero, de otro lado, evitar que el demandante deba comparecer al acto de la vista desconociendo las alegaciones de las partes demandadas, lo que le privaría de una defensa de sus posiciones en unos procesos en los que están en juego, ordinariamente, cuestiones de notoria importancia vital y frecuentemente con un considerable grado de complejidad.

El art. 753 LEC establece otra especialidad. De la demanda debe darse traslado para su contestación al Ministerio Fiscal y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandadas.

11. Debe señalarse, no obstante que, en algunos casos, la LEC exceptúa esta regla y establece supuestos de admisión de hechos a través de una ficta confesio derivada de una incomparecencia (arts. 770, 3º y 771.3 LEC), si bien circunscritos, en los procesos matrimoniales, a pronunciamientos de carácter patrimonial.

12. Pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO, op. cit., pp. 415-416, que "el procedimiento indicado en el art. 753 LEC es un híbrido a todos los efectos; para la demanda y la contestación deben entenderse aplicables las reglas del juicio ordinario, mientras que para el resto del procedimiento se aplican las normas del juicio verbal".

DOCTRINA

II.6. Exclusión de la publicidad

Como especialidad establece el art. 754 LEC que "podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley".

Si se leen los arts. 138 y 140 LEC, en los que se regula cuándo y cómo pueden los tribunales acordar la celebración de vistas a puerta cerrada o atribuir carácter reservado a los autos, no se acaba de adivinar la necesidad del art. 753 LEC. Resulta difícil concebir circunstancias que aconsejen la falta de publicidad de las vistas o el carácter reservado de las actuaciones que no se encuentren recogidas ya en el art. 138.2 LEC y que resulten razonables, a la luz del principio de publicidad y del derecho fundamental a un proceso público (arts. 120.1 y 24.2 Constitución Española)¹³.

II.7. Acceso de las sentencias a Registros Públicos

Dispone el art. 755 LEC: "Cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso proceda".

III. PROCESOS EN MATERIA MATRIMONIAL

La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó de forma muy importante el régimen legal del matrimonio en España aunque extrañamente los aspectos procesales fueron abordados en Disposiciones Adicionales.

Las aludidas Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981, se dictaron con vocación de provisionalidad, pues, literalmente, se establecían "en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil". Expresión ésta inexacta, pues nada había en la anterior LEC que, modificado, pudiera sustituir a esas Disposiciones Adicionales. Sin duda, quería aludirse a una reforma de la LEC, que incluyera en ésta una regulación de los procesos matrimoniales. Pero es que, en varias reformas posteriores de la anterior LEC, en las podría haberse acometido el cumplimiento de aquel propósito, no fue así, de manera que hasta la LEC 2000 nos encontramos con una regulación compuesta principalmente por los preceptos de tres textos legales -la ley 30/1981, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881-, que formaban un mosaico no sólo incómodo por la excesiva abundancia de remisiones sino también confuso.

El Capítulo IV del Título I del Libro Tercero de la LEC constituye el conjunto de los preceptos que, junto a las disposiciones generales del capítulo I de los citados Título y Libro, regulan las especialidades razonables de los procesos en materia matrimonial.

Considerados los distintos objetos procesales y las normas de la LEC, cabe sistemáticamente distinguir dos tipos de procesos:

- 1º) Los procesos por demandas de separación, de divorcio y de nulidad matrimonial y otras formuladas al amparo de lo dispuesto en el Título IV del Libro Primero del Código Civil.
- 2º) Los procedimientos de separación o divorcio solicitados por ambos cónyuges de acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 777 LEC).

Trataremos de forma separada estos dos tipos de procesos, para exponer del modo más sencillo posible su regulación.

¹³. DIEZ-PICAZO, op. cit., pág. 417. En los mismos términos señala GORDÓN MORENO, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001., pág. 761, que se exceptiona así la aplicación del art. 120.1 CE (y 232 LOPJ), ratificados desde otra perspectiva por el art. 24.2 CE, que reconoce como una de las garantías constitucionalizadas el "derecho a un proceso público"; preceptos todos ellos que se refieren a una de las manifestaciones de la publicidad; la llamada publicidad general, que, en palabras del Tribunal Constitucional, implica que los juicios "sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general (...) que no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permita adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo" (STC 30/1982, de 1 de junio). Entiende el legislador que concurren en estos procesos razones de fondo que justifican la no vigencia del fundamento de aquellas normas, a saber, "por un lado proteger a las partes de una justicia sustraída a control público y, por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho" (STC 96/1987, de 10 de junio).

DOCTRINA

III.1. Procesos de separación, divorcio, nulidad matrimoniales y otros en que se ejercitan acciones al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil

Fracasado todo intento de poner fin de forma consensual a la crisis matrimonial, no queda otra opción que acudir al Juzgado para que decida la concurrencia de una causa de separación, divorcio o nulidad y establezca las medidas que en el futuro van a regular las relaciones personales, patrimoniales y paterno-filial.

III.1.1. Medidas provisionales

Como dispone y muestra el Código Civil, en los procesos sobre nulidad, separación y divorcio no se ventila sólo lo relativo a la validez del matrimonio, a su disolución o a la separación conyugal misma: hay cuestiones (personales y patrimoniales), originadas por la misma existencia del litigio o por su inminencia, que necesitan, en cada caso, una regulación, siquiera sea provisional. El art. 771 LEC se ocupa de las "medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio", medidas que pueden confirmarse o modificarse al resolver el tribunal sobre la admisión de la demanda (art. 772 LEC) o puede adoptar, ya incoado el proceso, por solicitud del demandante o demandado (art. 773 LEC). Sobre estas cuestiones habrá de pronunciarse el tribunal en sentencia, momento en el cual se habla de "medidas definitivas", que dejan sin efecto a las provisionales y las sustituyen (art. 773.5 LEC).

Desde un punto de vista cronológico y lógico, parece conveniente referirse en primer lugar a las medidas que se pueden pedir y obtener antes de la interposición de la demanda y, por tanto, antes del proceso matrimonial propiamente dicho, aunque con él guarden una relación necesaria, por cuanto estas medidas no pueden subsistir si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción no se presenta demanda de nulidad, separación o divorcio¹⁴.

- a) *Objeto de las medidas*: lo que se regula en los arts. 102 y 103 CC: atribución de la patria potestad sobre los hijos, determinación del cónyuge con que vivirán éstos, si fueren menores, régimen de comunicación, visitas y compañía del otro cónyuge, uso de la vivienda familiar y reparto de los bienes que ella hubiere, contribución de cada uno a las cargas del matrimonio, etc. Las medidas que pueden solicitarse son única y exclusivamente las que se señalan en los arts. 102 y 103 CC, y por tanto, no será objeto del procedimiento de medidas previas la petición de una pensión compensatoria y otras de carácter dispositivo de las partes.
- b) *Solicitud*: por el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o el divorcio, ante el tribunal de su domicilio, sin necesidad de intervención de Abogado y Procurador, que sí habrán de intervenir, en cambio, en "todo escrito y actuación posterior" a la solicitud misma.
- c) *Citación de comparecencia* a los cónyuges y, si los hubiese a los hijos menores o incapacitados, así como al Ministerio Fiscal, en los diez días siguientes a la solicitud¹⁵.

En la misma resolución en que se cite para la comparecencia, "el tribunal podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el art. 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno" (art. 771.2)¹⁶.

14. Por señalarlo así tanto el art. 771.5 LEC como el párrafo segundo del art. 104 CC, "los efectos y medidas acordados sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio". En la nueva LEC no se prevé a diferencia de la legislación anterior, la posibilidad de una prórroga a dicho plazo.

15. Señala el art. 771 LEC que "a la vista de la solicitud, el tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiese hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal a una comparecencia que se celebrará en los diez días siguientes". La expresión "a la vista de la solicitud" plantea la siguiente interrogante ¿se admitirán todas las solicitudes de medidas previas o, como sucede actualmente, sólo cuando se trate de supuestos de urgencia?, en palabras de MARTÍN PÉREZ, "Las medidas provisionales y definitivas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", Revista Derecho de Familia, n.º 8, 2000, pág. 28, "teniendo en cuenta que dentro de este proceso ya se regula la situación de urgencia, la conclusión no puede ser otra que la obligatoriedad de que el tribunal admita todas las peticiones de medidas previas que se presenten sin que tenga que valorar si existe o no urgencia para su adopción. La razón es muy simple, todo cónyuge tiene derecho a pedir medidas previas para presentar la demanda de separación, divorcio o nulidad, mientras está conviviendo con el/la demandado/a. Es más, incluso cuando los cónyuges estén separados de hecho desde hace tiempo y no convivan en el mismo domicilio procederá la admisión a trámite de la solicitud de medidas previas, ya que no aparece ninguna restricción en el artículo 771 LEC".

16. Los efectos del precepto sustantivo son los siguientes: "Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal; quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica". Esta medida adoptada sin audiencia del otro cónyuge, según PÉREZ MARTÍN, "Las medidas provisionales y definitivas...", cit., pág. 27, "sólo puede acordarse ante supuestos de violencia familiar en los que peligre la integridad física del cónyuge agredido o de los hijos, para lo cual parece que se hace imprescindible la aportación de algún principio de prueba con la solicitud. Por la trascendencia de las medidas que se pueden acordar, exige el legislador que esta resolución adopte la forma de auto, en el que el tribunal deberá fundamentar la adopción de las medidas. Contra este auto no puede interponerse ningún tipo de recurso".

DOCTRINA

- d) *Comparecencia*: los dos cónyuges han de presentarse representados por Procurador y asistidos de Abogado. En el acto de comparecencia puede manifestarse un acuerdo de los cónyuges sobre las medidas que se han de adoptar. Pero cabe también que no exista tal acuerdo o que, de existir, no merezca, en todo o en parte y "oído, en su caso, el Ministerio Fiscal", la aprobación del tribunal. De ser así "se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como que el tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, se señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes". Si alguno de los cónyuges no asiste y no justifica tal circunstancia, podrá considerarse que admite los hechos alegados por el cónyuge presente como fundamento de sus peticiones de índole patrimonial (art. 771.3 LEC).
- e) *"Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto a que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquélla, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno"* (art. 771.4 LEC). En dicho auto fijará el juez las medidas del art. 103 CC que hayan solicitado las partes.

El Grupo Socialista presentó una enmienda para adicionar un nuevo artículo relativo a la adopción de medidas cautelares:

"Medidas cautelares. Además de las previstas en las leyes y de las que la situación pueda aconsejar a criterio del juez, se podrá solicitar por las partes, o acordarse de oficio por el juez, tanto en la demanda, como con posterioridad a su admisión o como medidas previas, las medidas cautelares siguientes:

1. *Medidas de alejamiento e interdicción de las comunicaciones.* Cuando quede probado que el comportamiento de cualquiera de los cónyuges, progenitores, o personas que convivan en familia, haga temer un ataque a la vida, integridad física o salud psíquica de cualquiera de ellos, o con los hijos que convivan en la unidad familiar, el juez que conociere del procedimiento podrá adoptar la medida de alejamiento e interdicción de las comunicaciones con las personas que se indique. Dicha medida consistirá en la prohibición de acercamiento a la persona o lugar designado, así como en la interdicción de cualquier clase de comunicación de ésta. Esta medida tendrá como límite superior de duración, salvo que el juzgador determine una duración menor, el del proceso principal hasta su finalización por sentencia firme.
2. *Medidas tendentes al aseguramiento del pago:* Se podrá solicitar del juez las medidas necesarias para el aseguramiento del pago de las cantidades que se fijen para contribución a las cargas o alimentos.
3. *Medida de prohibición de salida del territorio nacional de los menores:* Cuando se tema que cualquiera de los cónyuges o progenitores pueda proceder a la sustracción del menor, el juez adoptará la medida de prohibición de salida del territorio nacional de éste, comunicándolo a las autoridades competentes. De igual forma cualquier variación del domicilio del menor requerirá autorización judicial.
4. *Medida de prohibición de expedición de pasaporte a los menores:* En los mismos casos previstos en el apartado anterior, el juez podrá también adoptar la medida de prohibición de expedición de pasaporte a los menores, comunicándolo a las autoridades competentes.

La contravención de dichas medidas podrá derivar en el establecimiento de multas por cada incumplimiento, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa al orden jurisdiccional penal por delito de desobediencia y de que el juez pueda modificar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales o definitivas acordadas en el procedimiento".

Dicha enmienda tenía la siguiente motivación: "En los últimos años, la sociedad ha tomado conciencia del problema de las violencias familiares, consistentes en agresiones físicas o psicológicas a la pareja, y que se pueden extender incluso a otros miembros del núcleo familiar, tales como descendientes comunes o no de la pareja base de la familia. Ante la violencia, sería positivo conseguir un pronunciamiento judicial de alejamiento, muy común en el sistema americano (stayaway orders), que supondría la prohibición al agresor de acercarse a cierta distancia de la víctima y de su domicilio. Sin embargo, la legislación actual no proporciona los elementos necesarios para la actuación en éste sentido; se trataría de una medida restrictiva de libertades que debería estar establecida legalmente, de forma explícita y concreta, es decir, con unos presupuestos y contenidos, siguiendo las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, es conveniente establecer medidas susceptibles de adoptarse por el juez civil que está conociendo de la crisis familiar, ya que es en el marco temporal del desarrollo del proceso de crisis familiar donde se producen un gran número de agresiones que, incluso en ocasiones, derivan en muerte del cónyuge. Este resultado es de esperar: si el cónyuge o persona unida por análoga relación, sea o no el padre de los menores, se comporta habitualmente con violencia, es lógico que ante la crisis familiar de ruptura que implica la iniciación de un proceso, y ante la impotencia que pueda suponer la intervención de un tercero no controlable por la fuerza -el juez- que va a modificar la situación existente sin tener únicamente en cuenta la voluntad del violento, el sujeto se crispe y consecuentemente agrede o moles-

DOCTRINA

te. Por último, hay que señalar que dicha reforma habría de ser llevada a cabo por una ley orgánica, dado que de acuerdo con el mandato constitucional del artículo 81 habrán de serlo aquellas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y que los artículos 17 y 19 consagran la libertad de ambulatoria y de residencia".

A pesar de la oportunidad de la misma que permitiría dar cobertura legal a numerosas situaciones que se presentan en la práctica, no se incorporó al texto final de la ley.

III.1.2. El proceso matrimonial propiamente dicho

Establece el art. 769.1 LEC que "salvo que expresamente se disponga otra cosa", es tribunal competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. Si los cónyuges residen en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Cuando el demandado no tuviere domicilio ni residencia fija, la demanda podrá interponerse ante el tribunal del lugar en que se halle o en el de su última residencia, a elección del demandante. Si no es posible aplicar las reglas anteriores, será competente el tribunal del domicilio del actor¹⁷.

De lo expuesto se deduce que pueden no coincidir el tribunal para las medidas provisionales y el tribunal competente para el proceso mismo.

En la tramitación del proceso matrimonial, se han de seguir los trámites del juicio verbal, pero con contestación a la demanda por escrito (conforme a lo ya expuesto al analizar las disposiciones generales). Pero el art. 770 LEC, establece, además reglas especiales, que, junto a las relativas a las medidas provisionales, configuran el siguiente esquema:

a) A la *demanda* ha de acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si se solicitan medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales (regla 1ª, art. 770 LEC).

En la demanda, el demandante de la nulidad de su matrimonio, de la separación o del divorcio podrá pedir lo que considere oportuno sobre medidas provisionales, cuando no se hubieran adoptado con anterioridad (art. 773 LEC).

b) *Admitida la demanda*, si se hubieran adoptado antes de ella medidas provisionales y el tribunal considera que han de completarse o modificarse, convocará a las partes a una comparecencia, que se sustanciará como la de las medidas provisionales. El auto en que se resuelva el complemento o la modificación de las medidas será irrecurrible (art. 772.2 LEC).

c) *En la contestación a la demanda*, también el cónyuge demandado podrá solicitar medidas provisionales, cuando no se hubieran adoptado con anterioridad y no se hubieran pedido por el actor en la demanda. La solicitud se sustanciará en la vista principal, si ésta se puede señalar dentro de los diez días siguientes a la contestación. El tribunal resolverá sobre las medidas provisionales por medio de auto no recurrible cuando la sentencia no se pueda dictar inmediatamente después de la vista. Pero si la vista no se pudiera señalar en el indicado plazo de diez días, se convocará comparecencia en la forma establecida en el art. 771 LEC.

Es de notar, que en cualquier momento de la tramitación del proceso pueden ambos cónyuges someter a la aprobación del tribunal el acuerdo a que hubieren llegado sobre las cuestiones objeto de las repetidas medidas. El acuerdo "no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que pueda adoptar el tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas (art. 773.1 LEC).

d) En cuanto a la *reconvención*, sólo se admite la que se funde "en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio, a la separación o al divorcio o cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse".

e) A la *vista* han de concurrir las partes personalmente, con apercibimiento de que su incomparecencia sin justificación puede determinar que se consideren admitidos los hechos que la parte que comparezca alegue como fundamento de sus

¹⁷.Procede la vigilancia de oficio de estas normas y se consideran nulos los pactos entre las partes que se opongan a ellas (art. 769.4 LEC).

DOCTRINA

peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. Esta carga de comparecencia personal no exime a los Abogados de su presencia, que se declara obligatoria (art. 770.3).

En la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia. A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar (art. 774. 1 y 2 LEC).

f) Cabe la práctica de *pruebas fuera de la vista*, cuando no puedan llevarse a cabo en ella. En tal caso, el tribunal señalará un plazo, no superior a treinta días. Durante este plazo, "el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que considere necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias exigidas en cada caso por el Código civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años" (art. 770.4 LEC).

g) *En la sentencia* se ha de pronunciar el tribunal, ante todo, sobre la pretensión de nulidad, separación o divorcio. Pero también ha de resolver sobre las medidas solicitadas de acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad. Y si no hubiera acuerdo de los cónyuges, o no se hubiese aprobado, se determinarán, en la misma sentencia, las medidas que en su caso, han de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas. Si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna medida, se acordarán en la sentencia (arts. 774.3 y 4 LEC).

h) *Los pronunciamientos sobre las medidas serán de inmediato eficaces*, sin que los recursos que se puedan interponer las suspendan. Si el recurso impugnase únicamente los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio (art. 774.5 LEC). Resulta preciso puntualizar que, por vía de este precepto únicamente tendrán eficacia inmediata, con independencia de la interposición de un recurso de apelación, las medidas que se contienen en el art. 103 CC, es decir, relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías de cada una de estas medidas. Por tanto, la eficacia o ejecutividad inmediata de otro tipo de pronunciamiento debe encauzarse a través de la ejecución provisional de las sentencias.

j) *Conversión del proceso en el procedimiento consensual* del art. 777 LEC. La regla 5ª del art. 770 permite tal conversión cuando concurren los requisitos del citado art. 777 LEC.

III.1.3. Modificación de las medidas definitivas y ejecución forzosa

Por la misma naturaleza de las cosas, las medidas, por más que sean denominadas "definitivas" son susceptibles de modificación "siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas" (art. 775.1 LEC)¹⁸. Se trata de que las circunstancias nuevas fundamentan una acción para solicitar y lograr el cambio, sin que la petición de modificación comporte el mismo objeto procesal que el del proceso en que las medidas definitivas se acordaron.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se hace referencia a que las medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, hay que cuestionarse: ¿Qué requisitos deberán cumplirse para que sea procedente la presentación de una demanda de modificación? Del análisis de las distintas resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales, deduce PÉREZ MARTÍN¹⁹, las siguientes:

18. La Ley da cumplimiento así a lo dispuesto en el penúltimo párrafo del art. 90 CC, según el cual "las medidas definitivas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias". También el inciso último del art. 91 CC y respecto de las medidas adoptadas en defecto de acuerdo o en el caso de no ser aprobado judicialmente, establece que "estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias".

19. "Las medidas provisionales y definitivas...", cit., pp. 47 y ss. Por otra parte, no cabe acudir a un procedimiento de modificación de medidas en los siguientes supuestos: a) cuando un cónyuge considera que hubo vicio o error en el consentimiento prestado al convenio regulador, ya que el descubrimiento del vicio no puede considerarse como una circunstancia nueva, a los efectos de modificar las medidas preestablecidas; b) No podrán utilizarse el procedimiento de modificación de medidas para pretender una nueva valoración sobre hechos preexistentes, c) Para la solicitud ex novo de una pensión compensatoria por parte de uno de los cónyuges. Teniendo en cuenta que la pensión compensatoria, de carácter dispositivo entre los cónyuges, surge por el desequilibrio económico que se produce tras la separación o el divorcio, tanto si esta pensión se solicitó en dicho procedimiento y no fue concedida, como si dejó de solicitarse, con carácter general, no entra dentro del ámbito del procedimiento de modificación de medidas el establecimiento de la pensión compensatoria; d) Para la solicitud ex novo de una pensión alimenticia para un hijo mayor de edad, el cauce adecuado será el procedimiento de alimentos.

DOCTRINA

- Que los hechos en los que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas. Este requisito resulta obvio, ya que los hechos anteriores a la sentencia ya fueron tomados en consideración en su momento por el Juez de instancia. Únicamente podrían alegarse hechos anteriores si los mismos no eran conocidos por una de las partes.
- Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida. Los hechos que motivan la demanda deben ser tanto cualitativa como cuantitativamente de una importancia tal que supongan un cambio profundo respecto de la situación anterior.
- Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio.
- Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación.
- Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias. No basta con alegar nuevos hechos que sean base suficiente para modificar las medidas preexistentes, sino que estos deberán acreditarse cumplidamente utilizando para ello todos los medios de prueba admitidos en Derecho. La carga de la prueba recaerá sobre el cónyuge que solicita la modificación. Hay que tener en cuenta que para que el tribunal pueda apreciar el cambio, hay que probar las circunstancias que concurrían en el momento de adoptarse las medidas y las que concurren actualmente.

a) *Legitimación activa y pasiva en los procedimientos de modificación de medidas.* No cabe ninguna duda de que serán los cónyuges los que, respectivamente tendrán la legitimación activa y pasiva en estos procedimientos. En caso de que existan hijos menores de edad o incapacitados, el art. 775 LEC concede legitimación activa al Ministerio Fiscal.

Cuestión controvertida que puede plantearse y que no ha quedado resuelta de forma definitiva en la LEC es la de si los hijos mayores de edad deben ser parte en los procedimientos de modificación de medidas en los que se persiga la rebaja de la cuantía de la pensión o, en otros casos, su propia extinción, lo que obligará a estar muy atentos a la jurisprudencia de la Audiencia Provincial donde se tenga que presentar la demanda de modificación, si bien recientemente el TS en Sentencia de 5 de abril de 2000 resolviendo un recurso de casación en interés de ley, ha concedido legitimación al progenitor con el que viven los hijos mayores de edad. No obstante las consecuencias de no haber demandado al hijo mayor de edad no van a ser tan drásticas como en la legislación anterior, ya que en el hipotético supuesto de que el tribunal considere que debe ser parte, por vía del art. 753 LEC, podrá llamarle a la comparecencia.

b) *El procedimiento consensual de modificación de medidas.* Si las partes llegan a un acuerdo para modificar las medidas definitivas dictadas en el anterior procedimiento -siendo indiferente que estas se adoptaran inicialmente de forma consensual o contenciosa- dicha petición deberá canalizarse a través de lo establecido en el art. 777 LEC²⁰.

Junto con la demanda de modificación de medidas deberán acompañar los cónyuges, además del documento que acredite la representación procesal, el convenio regulador en que se contenga la modificación pretendida. El tribunal dictará resolución acordando citar a los cónyuges para que se ratifiquen en su petición. Verificada dicha ratificación, si no existen hijos menores de edad o incapacitados dictará sentencia aprobando la modificación. En el supuesto de que existan hijos menores, se dará traslado al Ministerio Fiscal, y en su caso, se podrá conceder a los cónyuges un plazo de diez días para que se practiquen la prueba que se hubiesen propuesto y las demás que el tribunal considere necesarias para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador. Acto seguido dictará sentencia estimando o desestimando la demanda de modificación, ya que no cabe en estos supuestos lo establecido en el art. 777.7 LEC, es decir, que el juez no apruebe en la sentencia el convenio regulador o parte de él y conceda un plazo de diez días para que presenten un nuevo convenio.

c) *El procedimiento contencioso de modificación de medidas.* La actual redacción dada al art. 775 LEC plantea innumerables controversias en el momento de determinar qué procedimiento deberemos seguir para la modificación de las medidas cuando falta el consenso entre los cónyuges.

20. Aun cuando en el texto del art. 775.2 LEC se indica que "si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, acompañando propuesta de convenio regulador, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo siguiente", lógicamente se advierte que se trata de un error de remisión, ya que el artículo siguiente está dedicado a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. La causa de este error no es otra que la introducción de un nuevo artículo y el olvido del legislador de modificar el texto.

DOCTRINA

Literalmente establece el art. 775.2 LEC que "estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el art. 771", remisión ésta que sin duda, constituye un error del legislador, porque no parece procedente que una pretensión como la contemplada en este artículo, de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia, se tramite por un procedimiento en que la solicitud no requiere la firma de abogado y procurador y se tramita por un procedimiento que termina por auto frente al que no cabe recurso alguno. Sin duda el cauce previsto debería haber sido el del art. 770, por lo que en tanto no se produzca la debida interpretación correctora, parece adecuado que la remisión se entienda hecha sólo al trámite de la comparecencia en él prevista²¹.

d) *¿Puede solicitarse más de una vez la modificación de las medidas definitivas?* Hay que indicar al respecto que no sólo nada en la LEC que lo impida, sino que la ratio legis consiste, cabalmente, en que la modificación es justa cuantas veces varíen sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para establecer las medidas²².

e) *La ejecución forzosa* de los pronunciamientos judiciales sobre las medidas a que nos hemos venido refiriendo se rige, en principio, por las normas del Libro Tercero de la LEC, pero con tres reglas especiales, establecidas en el art. 776, y que son las siguientes:

1. Pueden imponerse multas coercitivas mensuales (conforme al art. 711 LEC) al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan, sin perjuicio de la ejecución dineraria por las cantidades debidas y no satisfechas.
2. En caso de incumplimiento de deberes no pecuniarios de carácter personalísimo, no procede la "sustitución automática" por el equivalente pecuniario, prevista en el art. 709.3 LEC, sino que se pueden mantener las multas coercitivas mensuales "todo el tiempo que sea necesario", más allá del plazo de un año establecido en dicho art. 709 LEC.
3. El incumplimiento reiterado, por cualquiera de los progenitores, de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, puede fundamentar que se acuerde la modificación de dicho régimen.

III.2. Procedimientos de separación o divorcio solicitados por los cónyuges de mutuo acuerdo, o por uno de ellos con el consentimiento del otro

Al igual que la derogada norma 6 de las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981, el extenso art. 777 LEC establece un procedimiento especial, en buena medida semejante a los de jurisdicción voluntaria, para alcanzar, sin contradicción procesal (al menos en lo principal), resoluciones constitutivas de separación o de divorcio en los casos en que una u otro -no en la nulidad, claro es- se soliciten por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

La no contradicción entre las partes no llega a autorizar la separación o el divorcio por simple pacto de ellas, puesto que el matrimonio no es materia propia de la autonomía de la voluntad, sino institución reglada por normas de ius cogens y, en algún grado, también de orden público. Aunque debilitado, en la consideración legal del matrimonio late aún un interés público de tal importancia que, se estima imprescindible su jurisdiccionalización, esto es la intervención judicial. Y además como ya advertimos, los procesos matrimoniales son procesos en que no rige, al menos en los aspectos no patrimoniales, el principio dispositivo.

La competencia corresponde al tribunal del último domicilio común o al del domicilio de cualquiera de los solicitantes (art. 769. 2 LEC).

21. CORDON MORENO, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, cit., pág. 780. En los mismos términos se manifiesta DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales, Madrid, 2000, pág. 446, para quien "parece casi seguro que se trata de un error (no subsanado en la Corrección de errores, BOE de 14 de abril de 2000) y que la remisión debiera haberse hecho al art. 770 LEC. En todo caso, si no se siguen los trámites del juicio verbal con contestación escrita -tramitación similar al proceso en que se adoptaron las medidas cuya modificación se pretende-, las partes habrán de extremar la diligencia y el tribunal el cuidado en la comparecencia, la prueba, etc., dentro del procedimiento del art. 771 LEC". PÉREZ MARTÍN, op. cit., pp. 51 y ss., afirma al respecto que "Es cierto que, si se tratase de un simple error, el mismo se ha arrastrado desde el Anteproyecto de la ley, a pesar de que la numeración de los artículos se alteró como consecuencia de la introducción de nuevos preceptos. También es cierto que en la enmienda 673 del Grupo Socialista, que fue incorporada en parte, se indicaba que las peticiones de modificación se tramitarían conforme a lo dispuesto en el art. 772 del proyecto (actual art. 770 LEC) y sin embargo no se modificó en absoluto el texto del artículo. Pensando que con esta reforma procesal el legislador ha pretendido dotar a la modificación de medidas de un procedimiento ágil y rápido sin que tenga que sujetarse a las normas del procedimiento contencioso de separación o divorcio".

22. Los tribunales en caso de reiteradas solicitudes infundadas de modificación, bien pueden aplicar el art. 247 LEC, sobre respeto a las reglas de la buena fe procesal y multas por incumplimiento de tales reglas. Vid. DE LA OLIVA SANTOS Derecho Procesal Civil, cit., pág. 447.

DOCTRINA

Concretamente, el procedimiento especial consta de los siguientes fundamentales actos:

a) *Petición o solicitud* -no propiamente demanda- en la que se identifiquen los cónyuges, con sus datos relevantes, se exprese lo que se pide (separación o divorcio) y si la solicitud se presenta por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

A esta solicitud se acompañarán distintos documentos: la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso de la inscripción del nacimiento de los hijos, más una propuesta de convenio que regule las consecuencias patrimoniales y personales de la separación o del divorcio²³. Ha de acompañarse, asimismo, el documento o documentos en que las partes, según los casos, funden su derecho (su acción o pretensión) y, "si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo" (art. 777.2 LEC).

b) *Citación a las partes*, para que, en el plazo de tres días, se ratifiquen en la solicitud de separación o de divorcio²⁴. No se deriva, a nuestro entender, del hecho de que se trate de una citación, la necesidad legal de que ambos cónyuges hayan de ser citados para un mismo día y hora. Si se les otorga un plazo de tres días, no tendría sentido alguno la citación a una comparecencia conjunta, en el mismo momento.

c) *Ratificación* -personalmente o por representación con poder especial- de la solicitud o petición; si la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Y, durante ese mismo plazo se practicará, en su caso, la prueba propuesta (que sea pertinente y útil) y -añade el art. 777.4- "la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el código civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador".

d) Cuando los solicitantes tengan hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará el informe del fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a éstos, si tuvieren "suficiente juicio" o fuesen mayores de 12 años (art. 777.5 LEC). Es de considerar, en este punto, lo que prescribe el art. 90 CC y, por tanto, si el convenio "ampara suficientemente el interés de los hijos" o si es dañoso para ellos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

e) *Sentencia*, concediendo o denegando la separación o el divorcio, con pronunciamiento sobre el convenio regulador (art. 777.6). En este punto y en cuanto a la separación, creemos que debe tratarse de un error, pues estando de acuerdo los cónyuges, el juez no puede denegarla en ningún caso, dados los términos del art. 81.1º CC²⁵. Si no aprueba el convenio, en todo o en parte, se concede a las partes un plazo de diez días para proponer otro, relativo en su caso, a los puntos no aprobados. El tribunal, dentro del tercer día, dictará auto resolviendo "lo procedente" sobre la nueva propuesta o, si no se presentase, sobre las cuestiones y asuntos propios del convenio regulador conforme a la legislación civil aplicable.

La sentencia que deniegue la separación (algo inimaginable en principio) o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges pueden ser recurridos en apelación, pero el recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspende la eficacia de éstas y la sentencia relativa a la separación o al divorcio es firme.

La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos por el Ministerio fiscal, en interés de los hijos menores o incapacitados (art. 777. 8 LEC).

Por el apartado 9 del art. 777 LEC viene a saberse, indirectamente, que el convenio regulador propuesto y aprobado en el precedente procedimiento consensual de separación o divorcio (o las medidas que el tribunal hay tenido que adoptar, en defecto total o parcial del convenio) son modificables. Si la modificación se propone por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, se sigue el procedimiento mismo del art. 777 y, en otro caso, el del art. 775 LEC.

23. Sin la propuesta de convenio regulador no pueden aplicarse las disposiciones del procedimiento por mutuo acuerdo. El convenio regulador es el documento, de naturaleza compleja, en el que se contiene el estatuto que va a regular todas las cuestiones relativas a quienes, de obtener la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, eran hasta esa fecha cónyuges, y todos los temas que se refieran a los hijos, en los términos que establece el art. 90 CC. Debe presentarse al completo, regulando todos los aspectos y es de obligatorio acompañamiento a la solicitud.

24. Los cónyuges deben ratificarse por separado en su petición (art. 777.3 LEC), transformándose en contencioso el expediente si no se produce ésta.

25. Dispone el art. 81 CC que "Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio".

LEGISLACIÓN

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, HECHO EN NUEVA YORK EL 6 DE OCTUBRE DE 1999¹.

INSTRUMENTO de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

Por cuanto el día 14 de marzo de 2000, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Nueva York el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999,

Vistos y examinados el Preámbulo y los veintinueve artículos de dicho Protocolo,

Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, mando expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a 29 de junio de 2001.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Observando que en la Carta de las Naciones Unidas se reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

Señalando que en la Declaración Universal de Derechos

Humanos se proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades en ella proclamados sin distinción alguna, inclusive las basadas en el sexo.

Recordando que los Pactos internacionales de derechos humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación por motivos de sexo.

Recordando asimismo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer («la Convención»), en la que los Estados Partes en ella condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer.

Reafirmando su decisión de asegurar a la mujer el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales y de adoptar medidas eficaces para evitar las violaciones de esos derechos y esas libertades.

Acuerdan lo siguiente:

Artículo 1.

Todo Estado Parte en el presente Protocolo («Estado Parte») reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer («el Comité») para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2.

Artículo 2.

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

Artículo 3.

Las comunicaciones se presentarán por escrito y no podrán

¹ Publicado en el BOE: núm. 190, de 9 de agosto de 2001, pp. 29707-29710. Se reproduce parcialmente.

LEGISLACIÓN

ser anónimas. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.

Artículo 4.

1. El Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo.
2. El Comité declarará inadmisibles toda comunicación que:
 - a) Se refiera a una cuestión que ya ha sido examinada por el Comité o ya ha sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;
 - b) Sea incompatible con las disposiciones de la Convención;
 - c) Sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustentada;
 - d) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación;
 - e) Los hechos objeto de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha.

Artículo 5.

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre sus fundamentos, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.
2. Cuando el Comité ejerce sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, ello no implica juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

Artículo 6.

1. A menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisibles sin remisión al Estado Parte interesado, y siempre que la persona o personas interesadas consientan en que se revele su identidad a dicho Estado Parte, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo.
2. En un plazo de seis meses, ese Estado Parte presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado el Estado Parte, de haberlas.

Artículo 7.

1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo a la luz de toda la información puesta a su disposición por personas o grupos de personas, o en su nombre, y por el Estado Parte interesado, siempre que esa información sea transmitida a las partes interesadas.
2. El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo.
3. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, conjuntamente con sus recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas.
4. El Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité.
5. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte hubiera adoptado en respuesta a las opiniones o recomendaciones del Comité, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente más adelante el Estado Parte de conformidad con el artículo 18 de la Convención.

Artículo 8.

1. Si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información.
2. Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a disposición suya, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.
3. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.
4. En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.
5. La investigación será de carácter confidencial y en todas sus etapas se solicitará la colaboración del Estado Parte.

Artículo 9.

1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo al

LEGISLACIÓN

artículo 18 de la Convención pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo.

2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 4 del artículo 8, el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.

Artículo 10.

1. Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9.
2. Todo Estado Parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al Secretario General.

Artículo 11.

Cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que las personas que se hallen bajo su jurisdicción no sean objeto de malos tratos ni intimidación como consecuencia de cualquier comunicación con el Comité de conformidad con el presente Protocolo.

Artículo 12.

El Comité incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al artículo 21 de la Convención, un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.

Artículo 13.

Cada Estado Parte se compromete a dar a conocer ampliamente la Convención y el presente Protocolo y a darles publicidad, así como a facilitar el acceso a información acerca de las opiniones y recomendaciones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que guarden relación con ese Estado Parte.

Artículo 14.

El Comité elaborará su propio reglamento, que aplicará en ejercicio de las funciones que le confiere el presente Protocolo.

Artículo 15.

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado la Convención, la haya ratificado o se haya adherido a ella.
2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado la Convención o se haya adherido a ella.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 16.

1. El presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este Protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 17.

No se permitirá reserva alguna al presente Protocolo.

Artículo 18.

1. Todo Estado Parte podrá proponer enmiendas al presente Protocolo y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará a los Estados Partes las enmiendas propuestas y les pedirá que notifiquen si desean que se convoque una conferencia de los Estados Partes para examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General la convocará bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda aprobada por la mayoría de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Protocolo, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.
3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

Artículo 19.

1. Cualquier Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier

LEGISLACIÓN

comunicación presentada, con arreglo al artículo 2, o cualquier investigación iniciada, con arreglo al artículo 8, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

Artículo 20.

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones relativas al presente Protocolo;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Protocolo y cualquier enmienda en virtud del artículo 18;
- c) Cualquier denuncia recibida en virtud del artículo 19.

Artículo 21.

1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, espa-

ñol, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados mencionados en el artículo 25 de la Convención.

(...)

El presente Protocolo entró en vigor de forma general el 22 de diciembre de 2000 y para España entrará en vigor el 6 de octubre de 2001, de conformidad con lo establecido en su artículo 16.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 24 de julio de 2001

LEY 12/2001, DE 9 DE JULIO DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO PARA EL INCREMENTO DEL EMPLEO Y LA MEJORA DE SU CALIDAD¹.

JUAN CARLOS I

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

La política de empleo desarrollada en la última legislatura ha venido marcada fundamentalmente por las reformas del Estatuto de los Trabajadores producidas por la Ley 63/1997, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, derivada del Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo suscrito por los interlocutores sociales, y por el Real Decreto-ley 15/1998, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, que refleja el acuerdo concluido entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas.

La Ley 63/1997, además de dar nueva regulación a los contratos formativos y de modificar diversos aspectos de la contratación temporal, introdujo un nuevo contrato para el fomento de la contratación indefinida, dirigido a determinados colectivos con especiales dificultades para el acceso al mercado de trabajo, caracterizado por la previsión de una indemnización, en caso de extinción, inferior a la de

carácter general, y con un período inicial de aplicación de cuatro años, estando prevista su eventual continuidad más allá de dicho período. Por su parte, el Real Decreto-Ley 15/1998 dio nueva regulación al contrato a tiempo parcial estableciendo, tanto elementos de mayor garantía y protección social para los trabajadores, como otros de mayor flexibilidad en su régimen jurídico, por ejemplo con la creación de las horas complementarias.

El tiempo transcurrido desde estas reformas ha puesto de relieve unos efectos globalmente positivos derivados de las mismas, traducidos en el incremento del número de contratos indefinidos y a tiempo parcial, y ha puesto también de relieve problemas prácticos o disfunciones en determinadas materias, como el trabajo a tiempo parcial, de los que se ha derivado probablemente el que no se hayan alcanzado plenamente todas las posibilidades de desarrollo de la contratación que podrían haberse esperado.

Tanto por la necesidad de decidir acerca de la continuidad del contrato del fomento del empleo, como por la procedencia de corregir las disfunciones observadas, se ha puesto de relieve la necesidad de plantear una nueva regulación de estas cuestiones, cuya importancia para el equilibrio de la política de empleo parece innecesario resaltar. Además, con carácter más general, la evolución positiva del empleo en estos últimos años ha mostrado también la necesidad de plantear nuevas reformas que sigan favoreciendo esta evolución y que se orienten, particularmente, a reducir las aún

¹ Publicada en el BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001, pp.24890-24902. Se publica parcialmente.

LEGISLACIÓN

excesivas tasas de temporalidad existentes.

En este sentido, este conjunto de nuevas reformas mantiene su orientación hacia el fomento de un empleo más estable y de mayor calidad, tanto utilizando, con las mejoras o correcciones necesarias, las fórmulas contractuales ya experimentadas en los últimos años, como el contrato de trabajo a tiempo parcial o el de fomento de la contratación indefinida, como introduciendo nuevas regulaciones en los muy diversos aspectos de la contratación laboral y del desarrollo de las relaciones laborales que puedan incidir positivamente en el crecimiento del empleo y la mejora de su calidad.

De esta manera, se introducen diversas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores referidas, en primer lugar, a la forma, duración y modalidades del contrato de trabajo. De entre ellas, cabe destacar las dirigidas a reforzar el principio de estabilidad en el empleo, introduciendo limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada. Del mismo modo, se introducen modificaciones en el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, con objeto de lograr un mayor impulso y dinamismo de esta modalidad contractual, cuyo relevante papel en el crecimiento del empleo estable y en la adaptación a las necesidades de empresas y trabajadores ha sido puesto de relieve por todos los protagonistas de las relaciones laborales en el contexto de la Unión Europea, y en el del contrato de relevo, a fin de adecuarlo a las modificaciones introducidas por la propia Ley en el contrato a tiempo parcial y de favorecer su mayor utilización. Por otra parte, la ampliación de los colectivos que pueden beneficiarse de los contratos formativos, y la concreción y formalización, a través de un nuevo contrato temporal de inserción, de los programas de contratación de trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social, constituyen medidas dirigidas a instrumentar de una forma más adecuada las políticas activas de empleo.

Otras modificaciones se dirigen a reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación y de sucesión de empresa; en particular, a través de una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes, que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica.

El mantenimiento del contrato para el fomento de la contratación indefinida, que tan excelentes resultados ha obtenido en los últimos años, tras su creación en 1997 por los interlocutores sociales en el Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo, y la incorporación del programa del fomento de empleo para el año 2001, constituyen otros elementos relevantes de la presente Ley. Asimismo, con el objeto de evitar la utilización abusiva de la contratación temporal de corta duración, se incrementa en un 36 por 100 la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, en los contratos temporales cuya duración

efectiva sea inferior a siete días. También se modifica la regulación de las modalidades de contratación laboral contempladas en la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

Otra novedad, siguiendo la línea iniciada en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, es la ampliación de la normativa sobre permisos de maternidad o paternidad en atención al supuesto específico de nacimiento de hijos prematuros o que requieran hospitalización tras el parto, posibilitando la atención materna o paterna al neonato mientras permanezca ingresado, pudiendo ausentarse del trabajo durante una hora y teniendo, asimismo, el derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. En relación con lo anterior, el período de suspensión o el permiso podrá computarse, con excepción de las primeras seis semanas de suspensión o permiso obligatorio, posteriores al parto, en el contrato de la madre a partir de la fecha del alta hospitalaria. Tal excepción al disfrute ininterrumpido del permiso o la suspensión no quiebra el principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del niño no contemplada expresamente en la misma pero sí concorde con su espíritu del mejor bienestar del mismo.

Junto a ello, merece destacarse, finalmente, la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, que estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales.

Con esta Ley se procede, además, a incorporar al ordenamiento interno el contenido de las recientes Directivas europeas 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, y 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

CAPITULO II

Programa de fomento de empleo para el año 2001**Artículo cuarto. Ambito de aplicación.**

1. Podrán acogerse a las bonificaciones establecidas para el programa de fomento de empleo:
 - 1.1 Las empresas que contraten indefinidamente, incluida

LEGISLACIÓN

la contratación de trabajadores fijos discontinuos y de acuerdo con los requisitos y condiciones que se señalan en esta norma, a trabajadores desempleados, inscritos en la oficina de empleo e incluidos en algunos de los colectivos siguientes:

- a) Mujeres desempleadas, entre dieciséis y cuarenta y cinco años.
- b) Mujeres desempleadas, cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino.
- c) Desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante seis o más meses.
- d) Desempleados mayores de cuarenta y cinco años y hasta los cincuenta y cinco.
- e) Desempleados mayores de cincuenta y cinco años y hasta los sesenta y cinco.
- f) Desempleados perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo, a los que les reste un año o más de percepción en el momento de la contratación.
- g) Desempleados perceptores del subsidio por desempleo en favor de los trabajadores incluidos en el Régimen especial agrario de la Seguridad Social.
- h) Desempleados admitidos en el programa que contempla la ayuda específica denominada renta activa de inserción.
- i) Mujeres desempleadas inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto.

Artículo sexto. Incentivos.

1. Los contratos indefinidos iniciales, incluidos los fijos discontinuos, a tiempo completo o parcial, celebrados durante el período comprendido entre el 4 de marzo y el 31 de diciembre del año 2001, darán derecho, a partir de la fecha de la contratación, a las siguientes bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes:
 - a) Contratación de mujeres desempleadas entre dieciséis y cuarenta y cinco años: 25 por 100 durante el período de los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato.
 - b) Contratación de mujeres para prestar servicios en profesiones y ocupaciones establecidas en la Orden ministerial de 16 de septiembre de 1998, para el fomento del empleo estable de mujeres en las profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino, que reúnan, además, el requisito de permanecer inscritas ininterrumpidamente en la oficina de empleo, por un período mínimo de seis meses, o bien sean mayores de cuarenta y cinco años: 70 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato; 60 por 100 durante el segundo año de vigencia del mismo. Si no reunieran alguno de los anteriores requisitos adicio-

nales, la bonificación será del 35 por 100 durante el período de los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato.

- j) Mujeres desempleadas inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto: 100 por 100 durante los doce siguientes meses al inicio de la vigencia del contrato.

3. Cuando las contrataciones previstas en las letras c), d), e), f) y h) del número 1 de este artículo se realicen a tiempo completo con mujeres desempleadas, las bonificaciones de cuotas se incrementarán en diez puntos. Dicho incremento también es de aplicación a las contrataciones a que se refiere el número anterior.

Disposición adicional primera. Contrato para el fomento de la contratación indefinida.

1. Con el objeto de facilitar la colocación estable de trabajadores desempleados y de empleados sujetos a contratos temporales, podrá concertarse a partir del 4 de marzo de 2001 el Contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida que se regula en esta disposición, en las condiciones previstas en la misma.
2. El contrato podrá concertarse con trabajadores incluidos en uno de los grupos siguientes:
 - a) Trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:

Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino.

Disposición adicional segunda. Bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo.

A la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados, a que se refiere el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta.

Sólo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto.

La duración máxima de las bonificaciones previstas para los trabajadores o socios sustituidos, coincidirá con la situa-

LEGISLACIÓN

ción de suspensión de su relación profesional, con el límite máximo que proceda según los casos.

Programas o proyectos singulares de investigación que no puedan llevar a cabo con personal propio.

Disposición adicional octava. Regulación de permisos de maternidad o paternidad en casos de nacimiento, prematuros o que requieran hospitalización a continuación del parto.

1. Modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

a) Adición de un apartado 4.bis al artículo 37, que queda redactado de la siguiente forma:

"4.bis En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo."

b) Adición de un nuevo párrafo tercero, pasando los actuales restantes a ser el cuarto, quinto, sexto y séptimo respectivamente, al artículo 48.4, que queda redactado de la siguiente forma:

"En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión, podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre."

2. Modificación del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

a) Adición de una nueva letra e.bis) en el apartado 1, que

queda redactado de la siguiente forma:

"e.bis) En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.

Reglamentariamente se determinará la disminución de jornada de trabajo y la reducción proporcional de retribuciones."

b) Adición de un nuevo párrafo tercero, pasando los actuales restantes a ser el cuarto, quinto y sexto respectivamente, en el apartado 3, que queda redactado de la siguiente forma.

"En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso, podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria, del contrato de la madre."

3. Quienes a la entrada en vigor de la presente Ley estuvieran disfrutando el permiso o el período de suspensión con reserva de puesto de trabajo con ocasión de parto, y al mismo tiempo, tuvieren hospitalizados hijos prematuros o neonatos por cualquier otra causa, podrán someter aquellos períodos de suspensión aún pendientes de disfrute, al nuevo régimen jurídico previsto en la presente Ley.

Por tanto,

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

Madrid, 9 de julio de 2001.

LEGISLACIÓN

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 EMBARAZO¹.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras faculta al Gobierno, en su disposición final primera, para dictar las normas necesarias para el desarrollo y ejecución de la misma.

A tal finalidad responde el presente Real Decreto, mediante el cual se efectúa el desarrollo reglamentario parcial de la citada disposición legal que, por una parte, incide significativamente en el subsidio por maternidad y, por otra, exige la ordenación jurídica detallada de la nueva prestación de riesgo durante el embarazo.

Asimismo, se lleva a cabo la reordenación sistemática y la actualización del régimen jurídico del subsidio por maternidad, separándolo, además, definitivamente, en el nivel reglamentario, del subsidio por incapacidad temporal, en aquellos aspectos en que ambos subsidios mantenían una regulación común al tiempo que dispersa.

Entre otras cuestiones, se desarrolla la posibilidad, ciertamente novedosa prevista en la citada Ley, de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse en régimen de jornada a tiempo parcial, lo cual determina la compatibilidad del subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual.

Con esta medida de flexibilización en el disfrute del período de descanso se pretende potenciar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, la mejora en el cuidado de los hijos por los progenitores, así como posibilitar que las mujeres mantengan vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea nunca un obstáculo para su promoción profesional.

Como consecuencia del nuevo régimen jurídico de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, establecido en el párrafo tercero del apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, añadido por el párrafo b) del apartado 1 de la disposición adicional octava de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad, en los supuestos específicos de nacimiento de hijos prematuros o que requieran hospitalización tras el parto, el Real Decreto establece también la posibilidad de disfrutar el subsidio por maternidad a partir de la fecha del alta hospitalaria de los menores, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

Asimismo, se recogen las distintas posibilidades que la legislación ofrece para que el padre pueda ser beneficiario de una parte o de la totalidad del período de descanso, incluyendo la determinación del cálculo de la prestación en estos supuestos. También, se desglosan las posibles causas de revocación de la opción efectuada por la madre en favor del padre.

Por otra parte, se detallan los supuestos en que interactúan las situaciones de maternidad e incapacidad temporal y, finalmente, se dictan las normas básicas del procedimiento para el reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por maternidad.

En cuanto a la nueva prestación del riesgo durante el embarazo, su desarrollo reglamentario sigue las líneas básicas de la Ley 39/1999, manteniendo la sistemática y estructura tradicional en el ordenamiento jurídico de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. De este modo, el régimen jurídico de este subsidio se determina partiendo de la regulación prevista en la normativa vigente para las situaciones de incapacidad temporal, con las necesarias particularidades de adaptación que incorpora el presente Real Decreto, regulándose con detalle el procedimiento y actuaciones precisas para el reconocimiento del derecho al subsidio.

Por último, en las disposiciones adicionales se procede al desarrollo necesario de una de las figuras introducidas por la Ley 39/1999, en concreto, el disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial y, además, se lleva a cabo la adaptación de determinados preceptos de los textos reglamentarios, hoy vigentes en materia laboral, de altas y bajas de trabajadores y de cotización y recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social. Con ello, el Real Decreto mantiene su carácter de texto completo para las situaciones protegidas a que se refiere y, al mismo tiempo, consolida el cuerpo normativo unitario ya existente en las materias aludidas, evitando innecesarias fragmentaciones de disposiciones.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 16 de noviembre de 2001,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Disposiciones generales en materia de acción protectora

¹ Publicado en el BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2001, pp. 42109-42121. Se reproduce parcialmente.

LEGISLACIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones establecidas en los capítulos II y III del presente Real Decreto serán de aplicación a todos los Regímenes del sistema de la Seguridad Social, sin más particularidades que las que expresamente se indican.
2. Las disposiciones previstas en el capítulo III del presente Real Decreto 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, lo previsto en el citado capítulo III será de aplicación al personal estatutario sanitario que, en virtud de sus normas, le sea concedida una licencia o situación similar por riesgo durante el embarazo.
3. El presente Real Decreto será de aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general, reguladora del Régimen correspondiente.

CAPÍTULO II**Subsidio por maternidad****Artículo 2. Situaciones protegidas.**

1. A efectos de la protección por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, en el apartado 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y en la disposición adicional primera del presente Real Decreto.
2. Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación. En el caso de adopción o acogimiento familiar de personas con discapacidad o de quienes por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, para que se produzca la situación protegida el adoptado o acogido deberá ser menor de dieciocho años. A los efectos de las previsiones del presente Real Decreto, se entenderá que el adoptado o acogido presenta alguna discapacidad cuando acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimien-

- to, declaración y calificación del grado de minusvalía.
3. En el supuesto de trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema de la Seguridad Social, se consideran situaciones protegidas las referidas en los apartados 1 y 2 de este artículo, durante los períodos de cese de la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución. Con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, 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.

Artículo 3. Prestación económica.

1. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de este Real Decreto.
2. En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Artículo 4. Beneficiarios.

1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo II, que disfruten de los descansos referidos en el artículo 2 de esta norma, siempre que, reuniendo la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada a ella en algún Régimen del sistema de la Seguridad Social, acrediten un período 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 constituya la adopción. En los supuestos de adopción internacional, cuando haya sido necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado y éstos se acojan al período de suspensión previsto que, en tales casos, podrán comenzar a disfrutar hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, los requisitos establecidos en el párrafo anterior deberán acreditarse en la fecha de inicio de dicho período de suspensión. En ningún caso, el período de duración de la prestación podrá ser superior a dieciséis semanas o al período que corresponda, en el supuesto de adopción múltiple, o su equivalente cuando el período de descanso se disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial. Cuando el período de descanso por

LEGISLACIÓN

- maternidad, adopción o acogimiento sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por la madre y el padre, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos. Asimismo, en caso de parto, si la madre trabajadora no reúne el período 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 período de seis semanas, siempre que aquél acredite el mencionado requisito.
2. Los trabajadores contratados a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por maternidad, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad. Dichas particularidades no serán de aplicación a los trabajadores contratados a jornada completa que, no obstante, disfruten los períodos de descanso por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.
 3. Tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de empleados de hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación, en su caso, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, tanto a estos últimos, como a los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de los empleados de hogar que sean responsables de la obligación de cotizar.
 4. A efectos del subsidio especial por parto, adopción o acogimiento múltiples, a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, tendrán la condición de beneficiarios quienes a su vez lo sean de la prestación económica por maternidad, si bien únicamente podrá percibirse aquél por uno de los progenitores que, en caso de parto, será determinado a opción de la madre; en caso de adopción o acogimiento, será decidido por libre decisión de los interesados.
 5. De conformidad con lo establecido en el apartado 3 del artículo 2 del presente Real Decreto, los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema de la Seguridad Social no podrán ser beneficiarios del subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.

(...)

Artículo 8. Revocabilidad de la opción en favor del padre.

La opción ejercitada por la madre al iniciarse el período de descanso por maternidad en favor del padre, a fin de que éste disfrute de parte del permiso y, por consiguiente, perciba una parte determinada e ininterrumpida del subsidio, correspondiente al descanso posterior al parto, en los términos establecidos en las normas legales mencionadas en el artículo 2 de este Real Decreto, podrá ser revocada por la madre si sobrevinieren 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.

(...)

CAPÍTULO III

Subsidio por riesgo durante el embarazo

SECCIÓN 1ª NORMAS APLICABLES A LAS TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA

Artículo 14. Situación protegida.

1. 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 el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.
2. De conformidad con lo establecido en el apartado anterior, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado.

Artículo 15. Prestación económica.

La prestación económica por riesgo durante el embarazo consistirá en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de este Real Decreto.

Artículo 16. Beneficiarias.

1. Serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, siempre que, estando afiliadas y en alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco

LEGISLACIÓN

años inmediatamente anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo. En los mismos términos, serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo.

2. Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

(...)

SECCIÓN 2.^a NORMAS APLICABLES A LAS TRABAJADORAS POR CUENTA PROPIA

Artículo 22. Situación protegida.

1. 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 el período 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.
2. De conformidad con lo establecido en el apartado anterior, no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la actividad desempeñada.

Artículo 23 Beneficiarias.

1. Serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta propia que hayan interrumpido su actividad profesional por riesgo durante el embarazo, siempre que, estando afiliadas y en alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que se emita el certificado por los servicios médicos de la Entidad gestora correspondiente, a que se refiere el artículo 28 de este Real Decreto. En los mismos términos, serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, cuando no presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo y, en consecuencia, sean responsables de la obligación de cotizar.
2. Tanto para las trabajadoras por cuenta propia incluidas en los distintos Regímenes Especiales, como para las trabajadoras pertenecientes al Régimen Especial de emplea-

dos de hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación, en su caso, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, tanto a las trabajadoras pertenecientes a este último, como a las trabajadoras pertenecientes al Régimen Especial de empleados de hogar que sean responsables de la obligación de cotizar.

Artículo 24. Prestación económica.

La prestación económica por riesgo durante el embarazo consistirá en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente.

A estos efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha en que se emita el certificado de los servicios médicos de la Entidad gestora correspondiente.

(...)

SECCIÓN 3.^a NORMAS COMUNES A LAS TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA Y POR CUENTA PROPIA

Artículo 29. Situaciones de pluriactividad.

En los supuestos en que la trabajadora realice simultáneamente actividades incluidas en varios Regímenes del sistema de la Seguridad Social:

- a) Cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte a todas las actividades desempeñadas, tendrá derecho al subsidio en cada uno de los Regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos.
- b) Cuando la situación de riesgo durante el embarazo afecte a una o a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el Régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo.

La percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que ya viniera desempeñando o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo.

Disposición adicional primera. Suspensión del contrato de trabajo por maternidad a tiempo parcial.

1. De acuerdo con lo establecido en el párrafo sexto del apartado 4 del artículo 48 de la Ley del Estatuto de los

LEGISLACIÓN

Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, a que se refiere dicho apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, en los términos regulados en el presente Real Decreto y de conformidad, en su caso, con lo que establezcan los convenios colectivos.

2. Para que pueda disfrutarse a tiempo parcial el permiso de maternidad será imprescindible el acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado. El acuerdo podrá celebrarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior y podrá extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado siguiente.
3. El disfrute a tiempo parcial del permiso de maternidad se ajustará a las siguientes reglas:
 - a) Este derecho podrá ser ejercido tanto por la madre como por el padre y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso. En el caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al mismo, que serán de descanso obligatorio.
 - b) El período durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.
 - c) El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.
 - d) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.
4. El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo.
5. El permiso de maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de los derechos previstos en los apartados 4 y 4.bis del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo artículo. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuida-

do de familiares regulado en el apartado 3 del artículo 46 de la citada Ley.

(...)

Disposición transitoria única. Subsidios en vigor.

Las disposiciones contenidas en el presente Real Decreto, en cuanto resulten más favorables, serán de aplicación a todos los subsidios de maternidad y de riesgo durante el embarazo que, en la fecha de entrada en vigor de aquél, estuvieran percibiéndose o cuyo procedimiento para el reconocimiento de los mismos ya se hubiese iniciado.

(...)

Disposición final primera. Modificaciones del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

Uno. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, con la siguiente redacción:

"3. También se regirá por las disposiciones establecidas para el contrato de interinidad el celebrado para sustituir a un trabajador autónomo, a un socio trabajador o a un socio de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente."

Dos. Se modifica el párrafo b) del apartado 2 del artículo 5 del Real Decreto 2720/1998, que queda redactado en los siguientes términos:

"b) Cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos en el artículo 37, apartados 4.bis y 5 del Estatuto de los Trabajadores, o en aquellos otros casos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido, incluidos los supuestos en que los trabajadores disfruten a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de acuerdo con lo establecido en el párrafo sexto del apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores."

(...)

Disposición final sexta. Entrada en vigor.

El presente Real Decreto entrará en vigor el día primero del mes siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Dado en Madrid a 16 de noviembre de 2001.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (SALA QUINTA), DE 4 DE OCTUBRE DE 2001. PROTECCIÓN DE LAS MUJERES EMBARAZADAS.

TEXTO DE LA SENTENCIA

En el asunto C-438/99, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre María Luisa Jiménez Melgar y Ayuntamiento de Los Barrios, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta), integrado por los Sres. A. La Pergola, Presidente de Sala, M. Wathelet (Ponente), P. Jann, L. Sevón y C.W.A. Timmermans, Jueces; Abogado General: Sr. A. Tizzano; Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto; consideradas las observaciones escritas presentadas: - en nombre de la Sra. Jiménez Melgar, por el Sr. J.R. Pérez Perea, abogado; - en nombre del Gobierno español, por la Sra. M. López-Monís Gallego, en calidad de agente; - en nombre del Gobierno irlandés, por el Sr. L.A. Farrell, en calidad de agente, asistido por la Sra. N. Hyland, BL; - en nombre del Gobierno neerlandés, por el Sr. M.A. Fierstra, en calidad de agente; - en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por las Sras. H. Michard e I. Martínez del Peral, en calidad de agentes; habiendo considerado el informe para la vista; oídas las observaciones orales de la Sra. Jiménez Melgar, del Gobierno español, del Gobierno irlandés y de la Comisión, expuestas en la vista de 29 de marzo de 2001; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de junio de 2001; dicta la siguiente

Sentencia

- Mediante auto de 10 de noviembre de 1999, recibido en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 17 de noviembre siguiente, el Juzgado de lo Social Único de Algeciras planteó, con arreglo al artículo 234 CE, cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1).
- Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Jiménez Melgar y su antiguo empleador, el Ayuntamiento de Los Barrios (en lo sucesivo, "Ayuntamiento") como consecuencia de la falta de renovación de su contrato de trabajo de duración determinada.

Marco jurídico

La normativa comunitaria

- 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), establece, en el artículo 3, apartado 1: "La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional".
- A tenor del artículo 5, apartado 1, de dicha 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 garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo."
- Conforme a su decimoquinto considerando, el objetivo principal de la Directiva 92/85 es proteger a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia contra el riesgo de despido como consecuencia de su estado, circunstancia que podría perjudicar su salud física y psíquica.
- Así, el artículo 10 de la Directiva 92/85 dispone: "Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:
 - Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...] salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.
 - Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.
 - Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1."
- Con arreglo al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 92/85, los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva a más tardar dos años después de su adopción, es decir, el 19 de octubre de 1994.

Las disposiciones nacionales

- El artículo 14 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 consagra en los siguientes términos el principio de no discriminación por

razón de sexo: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

9. El artículo 55, apartados 5 y 6, del Estatuto de los Trabajadores precisa, en materia de despido: "5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir."
10. Los artículos 108, apartado 2, letra d), y 113, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Laboral reproducen respectivamente, en términos casi idénticos, lo dispuesto en el artículo 55, apartados 5 y 6, del Estatuto de los Trabajadores. Además, el artículo 96 de dicha Ley establece: "En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".
11. El órgano jurisdiccional remitente señala que, en la época en que se produjeron los hechos que dieron lugar al procedimiento principal, el ordenamiento jurídico español aún no había sido adaptado a la Directiva 92/85.
12. Por este motivo, mediante la Ley 39/1999 para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, de 5 de noviembre de 1999 (BOE n. 266, de 6 de noviembre de 1999), se modificaron varias disposiciones, entre ellas el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.
13. El nuevo artículo 55, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores está redactado en los siguientes términos: "Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, [...] o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a) [...]. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo [...]"
14. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente precisa que estas disposiciones no pueden tomarse en consideración en el procedimiento principal, habida cuenta del principio de irretroactividad de la ley.

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

15. En junio de 1998, la Sra. Jiménez Melgar fue contratada por el Ayuntamiento, en calidad de trabajadora por cuenta ajena, para ejercer la actividad de asistente domiciliaria de jubilados sin familia, a razón de 20 horas semanales. El contrato, inicialmente celebrado por tres meses, fue prorrogado en dos ocasiones, hasta el 2 de diciembre de 1998 inclusive.
16. El 3 de diciembre de 1998, la Sra. Jiménez Melgar y el Ayuntamiento celebraron un nuevo contrato a tiempo parcial de duración determinada para la ayuda en la limpieza y cuidados de niños en edad escolar durante las vacaciones escolares de diciembre de 1998 y enero de 1999 para familias con dificultades económicas. Este contrato, en el que no constaba la fecha de finalización, se extinguió el 2 de febrero de 1999.
17. El 3 de febrero de 1999 se celebró un tercer contrato a tiempo parcial de duración determinada para la realización de tareas de ayuda, cuidado y asistencia a domicilio de niños con dificultades para su desplazamiento al colegio durante el curso escolar 1998/1999. Dicho contrato, que tampoco indicaba la fecha de finalización, se extinguió el 2 de mayo de 1999.
18. El 3 de mayo de 1999, la Sra. Jiménez Melgar firmó un cuarto contrato a tiempo parcial de duración determinada para prestar "un servicio de ayuda domiciliaria a familias numerosas con dificultades para la atención escolar de sus hijos en edad preescolar, para su desplazamiento a los colegios públicos de su localidad, durante el curso escolar 1998/1999". Al igual que los anteriores contratos, éste tampoco preveía una fecha de finalización. Sin embargo, el 12 de mayo de 1999, la Sra. Jiménez Melgar recibió un escrito del Ayuntamiento redactado en los siguientes términos: "[...] de acuerdo con los términos previstos en su contrato, éste finaliza el próximo 2 de junio de 1999. No obstante, durante el transcurso del plazo legal de comunicación del término de su contrato, se le anunciará la posibilidad, si existiese, de la prórroga o renovación del mismo, debiéndose pasar por nuestras Dependencias de Personal para proceder, en su caso, a la firma de la correspondiente prórroga o renovación antes del próximo día 2 de junio de 1999 o bien, hacerse cargo de la liquidación que le correspondiere por la extinción del contrato laboral referido [...]"
19. El contenido de este escrito era idéntico al de los que se habían enviado anteriormente a la Sra. Jiménez Melgar para comunicarle la extinción de los tres contratos precedentes.
20. Mientras tanto, el Ayuntamiento había sido informado del embarazo de la Sra. Jiménez Melgar, aunque no consta en autos la fecha exacta de la comunicación. El niño nació el 16 de septiembre de 1999.
21. Puesto que el contrato de trabajo de la Sra. Jiménez Melgar se había extinguido el 2 de junio de 1999, su relación laboral con el Ayuntamiento terminó en dicha fecha.
22. El 7 de junio de 1999 se celebró una reunión con la Sra. Jiménez Melgar para reconducir su relación laboral mediante la firma de un quinto contrato de trabajo a tiempo parcial para sustituir durante las vacaciones a miembros del personal de la categoría de asistente domiciliario. El comienzo del contrato se fijó en el 3 de junio. Sin embargo, la Sra. Jiménez Melgar se negó a firmarlo y, al día siguiente, dirigió una carta de reclamación al Ayuntamiento, en la que alegaba que su anterior contrato con este último no se había extinguido, ya que fue despedida de forma discriminatoria y con vulneración de sus derechos fundamentales. Por consiguiente, afirmaba, no debía suscribirse un nuevo contrato, sino que procedía simplemente su reincorporación a su puesto de trabajo.
23. En estas circunstancias se interpuso el recurso de la Sra. Jiménez Melgar contra el Ayuntamiento ante el Juzgado de lo Social Único de Algeciras.
24. Este órgano jurisdiccional no ha examinado la cuestión de si, a la luz del Derecho español, la relación laboral entre la Sra. Jiménez Melgar y el Ayuntamiento debía ser considerada por tiempo indefinido, habida cuenta de las circunstancias del caso de autos y, en particular, de la

continuidad en el tiempo y la homogeneidad de la actividad laboral desarrollada, aunque se reserva la posibilidad de analizar posteriormente dicha cuestión. Por el contrario, centra su examen en la eventual existencia de una discriminación por razón de sexo, si el despido hubiera estado motivado por el embarazo de la demandante en el procedimiento principal. Más en particular, el órgano jurisdiccional remitente ha expresado dudas sobre el carácter directamente aplicable y el alcance del artículo 10 de la Directiva 92/85.

25. Basándose en estas consideraciones, el Juzgado de lo Social Único de Algeciras decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE ¿es lo suficientemente claro, preciso e incondicional como para que sea susceptible de producir efecto directo?
2. El artículo 10 de la Directiva al establecer que Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] [embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia], durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...], salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado, ¿está obligando a los Estados Miembros a regular de forma especial y excepcional cuáles pueden ser las causas de despido de una trabajadora que esté embarazada, haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, obligando a introducir en la legislación nacional junto al régimen general de extinción de contrato de trabajo, otro particular, excepcional, más limitado y expreso para aquellos supuestos en que la trabajadora esté embarazada, haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia?
3. ¿Qué repercusión tiene el artículo 10 de la Directiva sobre la no renovación por un empleador de un contrato de trabajo de duración determinada a una mujer que se encuentre embarazada en las mismas circunstancias que las contrataciones precedentes? ¿Afecta el artículo 10 de la Directiva a la protección de la mujer trabajadora embarazada en el ámbito de relaciones laborales temporales?, en su caso, ¿de qué forma, sobre qué parámetros y con qué extensión?
4. Cuando el artículo 10 de la Directiva expresa que el despido de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia tendrá lugar en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo, ¿está exigiéndose por la Directiva que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, sólo puede adoptarse a través de un procedimiento especial en el que la autoridad competente correspondiente otorgue su acuerdo previo al despido que por el empleador se demande?"

Sobre la admisibilidad de la remisión prejudicial

26. El Gobierno español y la Comisión dudan de la pertinencia de las cuestiones prejudiciales para la resolución del litigio principal. En efecto, por un lado, habida cuenta de las circunstancias de este último, el órgano jurisdiccional remitente podría recalificar la relación laboral entre la Sra. Jiménez Melgar y el Ayuntamiento como contrato de trabajo por tiempo indefinido y, en este caso, el despido producido sería, como tal, ilegal a la luz del Derecho interno.

27. Por otro lado, aun suponiendo que se demostrara que el despido de la Sra. Jiménez Melgar se debió a su embarazo -lo que, según el Gobierno español, no es seguro puesto que, tras la extinción del último contrato en virtud del cual había trabajado la demandante en el procedimiento principal, el Ayuntamiento propuso inmediatamente a esta última la firma de un nuevo contrato-, el Derecho nacional permitiría, sin necesidad de recurrir a la Directiva 92/85, proteger a la interesada garantizándole la reincorporación a su puesto de trabajo y la condena al Ayuntamiento a pagar los salarios no abonados.

28. A este respecto, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (véase, en particular, la sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 59). No obstante, el Tribunal de Justicia ha estimado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse las sentencias *Bosman*, antes citada, apartado 61, y de 13 de julio de 2000, *Idéal tourisme*, C-36/99, Rec. p. I-6049, apartado 20).

29. Pues bien, en el presente asunto, la resolución de remisión no contiene ningún dato que permita afirmar que las cuestiones prejudiciales, cuya utilidad ha explicado, por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente, son manifiestamente de naturaleza hipotética o no guardan relación con la realidad o el objeto del litigio principal.

30. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones planteadas.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión

31. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 10 de la Directiva 92/85 puede producir efecto directo y debe ser interpretado en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado.

32. A este respecto, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por esta última, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE), de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros (sentencias de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 26, y de 4 de marzo de 1999, *HI*, C-258/97, Rec. p. I-1405, apartado 25) y, en particular, a las autoridades no integradas en la administración central, como los ayun-

tamientos (sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartado 32, y de 29 de abril de 1999, Ciola, C-224/97, Rec. p. I-2517, apartado 30).

33. Debe declararse que las disposiciones del artículo 10 de la Directiva 92/85 imponen a los Estados miembros, fundamentalmente en su condición de empleadores, obligaciones concretas para cuyo cumplimiento no cuentan con margen de apreciación alguno.
34. Así pues, procede responder a la primera cuestión que el artículo 10 de la Directiva 92/85 produce efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado.

Sobre la segunda cuestión

35. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si, al autorizar excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia en casos "excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o [las] prácticas nacionales", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 obliga a los Estados miembros a especificar las causas de despido de dichas trabajadoras.
36. A este respecto, procede recordar que, a tenor del artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85, "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...] salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo".
37. Del tenor literal de esta disposición resulta claramente que la Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de elaborar una lista especial de las causas de despido que, por vía de excepción, se admitirán respecto a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. Sin embargo, dicha Directiva, que contiene disposiciones mínimas, no excluye en modo alguno la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas.
38. Por lo tanto, ha de responderse a la segunda cuestión que, al autorizar excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia en casos "excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o [las] prácticas nacionales", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a especificar las causas de despido de dichas trabajadoras.

Sobre la tercera cuestión

39. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 10 de la Directiva 92/85 prohíbe que el empleador no renueve el contrato de trabajo de duración determinada de una trabajadora embarazada.
40. La Sra. Jiménez Melgar afirma que la protección que resulta del artículo 10 de la Directiva 92/85 se aplica a las mujeres vinculadas a su empleador tanto por un contrato por tiempo indefinido como por un contrato de duración determinada. Sostiene que una interpretación distinta de esta disposición equivaldría a crear una discriminación incompatible con el objetivo de dicha Directiva.
41. En este mismo sentido, la Comisión alega que el hecho de no renovar un contrato de trabajo de duración determinada, siempre que se acredite que se produjo por motivos relacionados con el embarazo, constituye también una discriminación indirecta por razón de sexo. En efecto, añade, la falta de renovación del contrato equivale a una negativa de contratación de una mujer embarazada, claramente contraria a los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207, tal como ha declarado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones (sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88, Rec. p. I-3941, apartado 12, y de 3 de febrero de 2000, Mahlburg, C-207/98, Rec. p. I-549, apartados 27 a 30).
42. Según el Gobierno neerlandés, ha de distinguirse entre la relación laboral de duración determinada que finaliza en el momento previsto, a la que no se aplica el artículo 10 de la Directiva 92/85, y la que termina como consecuencia de la resolución unilateral del empleador, que se acoge a la protección prevista por dicha disposición.
43. A este respecto, es preciso señalar que la Directiva 92/85 no establece distinción alguna respecto al alcance de la prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia dependiendo de la duración de la relación laboral de que se trate. Si el legislador comunitario hubiese querido excluir del ámbito de aplicación de dicha Directiva los contratos de duración determinada, que suponen una parte importante de las relaciones laborales, lo habría precisado de forma expresa (sentencia de este mismo día, Tele Danmark, C-109/00, aún no publicada en la Recopilación, apartado 33).
44. Así pues, está claro que la prohibición de despido contenida en el artículo 10 de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido.
45. Es igualmente evidente que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede equipararse a un despido y, como tal, no es contraria al artículo 10 de la Directiva 92/85.
46. No obstante, como han señalado tanto el Abogado General, en el punto 50 de sus conclusiones, como la Comisión, en determinadas circunstancias, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación. Pues bien, según jurisprudencia reiterada, una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207 (sentencias antes citadas Dekker, apartado 12, y Mahlburg, apartado 20). Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si la falta de renovación de un contrato de trabajo, cuando éste forma parte de una sucesión de contratos de duración determinada, ha estado efectivamente motivada por el embarazo de la trabajadora.
47. En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión que, aunque la prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, en la medida en que la falta de renovación de un

contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207.

Sobre la cuarta cuestión

48. Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia puede tener lugar "en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 ha de ser interpretado en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que pueden justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto.
49. La Sra. Jiménez Melgar sostiene que la protección garantizada por la Directiva 92/85 exige que se responda afirmativamente a esta cuestión.
50. A este respecto, los Gobiernos irlandés y neerlandés, así como la Comisión, señalan acertadamente que el propio tenor literal del artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 se opone claramente a la interpretación defendida por la demandante en el procedimiento principal, puesto que la parte de la frase "siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo" va precedida de la locución adverbial "en su caso".
51. En realidad, el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 se limita a tomar en consideración la eventual existencia, en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros, de procedimientos de autorización previa a cuyo cumplimiento se supedita el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Si en un Estado miembro no existe tal procedimiento, dicha disposición no le obliga a crearlo.
52. Por consiguiente, debe responderse a la cuarta cuestión que, al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia puede producirse, en circunstancias excepcionales, "en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 ha de ser interpretado en el sentido de que no impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que pueden justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto.

Costas

53. Los gastos efectuados por los Gobiernos español, irlandés y neerlandés, así como 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 (Sala Quinta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras mediante auto de 10 de noviembre de 1999, declara:

- 1) El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de

1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), produce efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado.

- 2) Al autorizar excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia en casos "excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o [las] prácticas nacionales", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a especificar las causas de despido de dichas trabajadoras.
- 3) Aunque la prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.
- 4) Al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia puede producirse, en circunstancias excepcionales, "en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo", el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 ha de ser interpretado en el sentido de que no impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que pueden justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto.

La Pergola Wathelet

Jann Sevón

Timmermans

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 4 de octubre de 2001.

El Secretario El Presidente de la Sala Quinta

R. Grass A. La Pergola

COMENTARIO A LA STJCE DE 4 DE OCTUBRE DE 2001

Esta Sentencia se inscribe en la misma línea de aseguramiento del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito europeo y, en esta medida cabe remitirse a las mismas consideraciones que realizamos en el comentario que se publica en este mismo número de la Revista relativo a la sentencia del Tribunal de Justicia de igual fecha, caso Tele Danmark, que a su vez sigue la línea doctrinal establecida en

pronunciamientos precedentes (Sentencias de 8 de noviembre de 1990, caso *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund*; de 5 de mayo de 1994, caso *Habermann-Beltermann*; y de 14 de julio de 1994, caso *Webb*).

En el presente supuesto (caso *M. L. Jiménez Melgar*) el Juzgado de lo Social Único de Algeciras plantea ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 10 de la directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Los antecedentes del litigio principal pueden ser resumidos de la siguiente forma: la Sra. Jiménez Melgar fue contratada por el Ayuntamiento de los Barrios en junio de 1998, por tres meses, como trabajadora por cuenta ajena como asistenta domiciliaria de jubilados sin familia, prorrogándose posteriormente el contrato en dos ocasiones, hasta diciembre de 1998, momento en que Ayuntamiento y trabajadora celebran un nuevo contrato a tiempo parcial de duración determinada para asistencia y cuidado a domicilio de niños con dificultades de desplazamiento a su colegio, contrato que se extinguió en mayo de 1999. De nuevo en esta fecha se firma un nuevo contrato a tiempo parcial de duración determinada que, al igual que los anteriores, no preveía una fecha de finalización, recibiendo la Sra. Melgar unos días después un escrito del Ayuntamiento, idéntico a los anteriormente remitidos para comunicación del término de su contrato, mediante el que se le comunica su finalización en junio próximo. En el interim, el Ayuntamiento había sido informado del estado de embarazo de la Sra. Jiménez Melgar. Tras el nacimiento del niño, trabajadora y Ayuntamiento mantienen conversaciones y se intenta reconducir la relación laboral, proyectándose la firma de un nuevo contrato a tiempo parcial. Sin embargo, la Sra. Jiménez Melgar se negó a firmarlo entendiendo que su anterior contrato no se había extinguido al haber sido despedida de forma discriminatoria y con vulneración de derechos fundamentales, solicitando su reincorporación al puesto de trabajo e interponiendo el correspondiente recurso ante el Juzgado de lo Social de Algeciras.

El Juzgado plantea al Tribunal, en sustancia, las siguientes cuestiones: a) si el artículo 10 de la directiva mencionada, aplicable al tiempo de los hechos en el que aún no se había adaptado el ordenamiento jurídico español a la directiva en este concreto aspecto, es lo suficientemente preciso, claro e incondicional como para producir efecto directo; b) si este precepto está obligando a los Estados miembros a regular de forma especial y excepcional cuales pueden ser las causas de despido de una trabajadora en estas circunstancias; c) si afecta este artículo a la protección de la mujer embarazada en el ámbito de las relaciones laborales temporales; y d) si en este precepto se exige que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo

de lactancia solo pueda adoptarse a través de un procedimiento especial en el que la autoridad competente otorgue su acuerdo previo al despido.

Va de suyo que la respuesta del Tribunal a la primera cuestión consiste en recordar su reiterada jurisprudencia sobre la obligación de los Estados de alcanzar los resultados previstos en las directivas y, dado que en el artículo de referencia se establecen obligaciones muy concretas para cuyo cumplimiento no existe margen de apreciación alguno, se afirma su efecto directo. En relación con la segunda cuestión, el Tribunal declara que los Estados miembros no están obligados por este precepto a elaborar una lista especial de las causas de despido en relación con las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o estén en periodo de lactancia, pero sí está obligando a los Estados a garantizar a tales trabajadoras una mayor protección. Respecto a la tercera cuestión se responde, como en el caso *Tele Danmark*, que la directiva no establece distinción alguna entre la prohibición de despido de estas trabajadoras según sea la duración de la relación laboral, por lo que es aplicable en todo caso. Se precisa, además, que en determinadas circunstancias, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación que constituiría, al no realizarse ésta por motivo de embarazo, una causa de discriminación directa por razón de sexo contraria a la normativa comunitaria (se citan como precedentes doctrinales las sentencias recaídas en los casos *Dekker* y *Mahlburg*). Finalmente, sobre la última de las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social, el Tribunal responde que el precepto en cuestión no obliga a prever en todo caso la intervención de una autoridad nacional que otorgue su acuerdo previo al despido decidido por el empleador, sino que solo toma en consideración la eventual existencia de una previsión de este tipo en el ordenamiento interno de algunos Estados miembros.

En suma, también mediante esta Sentencia del Tribunal de Justicia viene a confirmarse en términos rotundos la mayor protección que el ordenamiento comunitario dispone en materia de igualdad de trato por razón de sexo como principio del Derecho Comunitario y verdadero derecho fundamental. En el supuesto concreto de la protección de las mujeres trabajadoras embarazadas es oportuno reiterar que en tanto el despido por esta causa solo puede afectarles a ellas exclusivamente, aceptarlo incluso con muchas cautelas en ciertas condiciones (y aunque solo tuvieran que ver con ese estado de manera indirecta), resultaría lesivo de la posición de las mujeres que se encuentran en esa circunstancia, porque se convertiría en una discriminación por razón de sexo que operaría estructuralmente para consolidar aún más la desigualdad de género, desatendiendo, en consecuencia, la igualdad real y efectiva que en este ámbito persiguen tanto el ordenamiento jurídico español como la normativa comunitaria (MANUELA MORENO MORENO, LETRADA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE GRANADA).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (SALA QUINTA), DE 4 DE OCTUBRE DE 2001. DESPIDO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA.

TEXTO DE LA SENTENCIA

En el asunto C-109/00, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Højesteret (Dinamarca), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Tele Danmark A/S y Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), que actúa en representación de la Sra. Marianne Brandt-Nielsen, una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), y 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta), integrado por los Sres. A. La Pergola, Presidente de Sala, M. Wathelet (Ponente), P. Jann, L. Sevón y C.W.A. Timmermans, Jueces; Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer; Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto; consideradas las observaciones escritas presentadas: - en nombre de Tele Danmark A/S, por el Sr. M. Kofmann, advokat; - en nombre de la Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), que actúa en representación de la Sra. Brandt-Nielsen, por el Sr. M. Østergård, advokat; - en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. H.C. Støvlbæk y la Sra. H. Michard, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. P. Heidmann, advokat; - en nombre del Órgano de Vigilancia de la AELC, por los Sres. P. Dyrberg y J.M. Langseth, en calidad de agentes; habiendo considerado el informe para la vista; oídas las observaciones orales de Tele Danmark A/S, de la Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), de la Comisión y del Órgano de Vigilancia de la AELC, expuestas en la vista de 29 de marzo de 2001; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de mayo de 2001; dicta la siguiente

Sentencia

1. Mediante resolución de 21 de marzo de 2000, recibida en el Tribunal de Justicia el 23 de marzo siguiente, el Højesteret planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), y 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la

salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p.1).

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre Tele Danmark A/S (en lo sucesivo, "Tele Danmark"), una empresa de telefonía, y la Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (en lo sucesivo, "HK") (Federación de empleados del comercio y oficinas), que actúa en representación de la Sra. Brandt-Nielsen, como consecuencia del despido de esta última por dicha empresa.

Marco jurídico

La normativa comunitaria

3. La Directiva 76/207 tiene por objeto aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la promoción y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo.
4. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207 dispone: "La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional."
5. A tenor del artículo 5, apartado 1, de dicha 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 garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo."
6. Conforme a su decimoquinto considerando, el objetivo principal de la Directiva 92/85 es proteger a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia contra el riesgo de despido como consecuencia de su estado, circunstancia que podría perjudicar su salud física y psíquica.
7. Así, según el artículo 10, apartado 1, de dicha Directiva 92/85: "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...], salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo."
8. El decimocuarto considerando de la Directiva 92/85 precisa que, habida cuenta de su vulnerabilidad, es necesario conceder un permiso de maternidad a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Este derecho está previsto en el artículo 8 de la mencionada Directiva, que establece: "1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El

permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales."

La legislación nacional

9. El artículo 9 de la lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v. (Ley sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, al permiso de maternidad, etc.; en lo sucesivo, "Ley sobre la igualdad de trato") dispone: "Un empleador no podrá despedir a un trabajador porque éste haya invocado su derecho a un permiso o porque haya disfrutado un permiso con arreglo al artículo 7 o por otros motivos relacionados con el embarazo, el período post-parto o la adopción."
10. Según el artículo 16 de la Ley sobre igualdad de trato: "1. Si un trabajador es despedido con infracción del artículo 9, el despido es declarado nulo, si se solicita, salvo que se considere, en casos excepcionales y después de haber sopesado los intereses de las partes, que resulta manifiestamente injustificado exigir que se mantenga o que se restablezca la relación laboral. 2. Si un trabajador es despedido con infracción del artículo 9 y el despido no es anulado, el empresario debe indemnizar al trabajador. [...] 4. Si el despido tiene lugar durante el embarazo, el período post-parto o la adopción, el empresario debe demostrar que no obedece a esas causas. [...]".

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

11. En junio de 1995, la Sra. Brandt-Nielsen fue contratada por Tele Danmark por un período de seis meses, a partir del 1 de julio de 1995, para trabajar en su servicio postventa de teléfonos móviles. En la entrevista de contratación las partes acordaron que la Sra. Brandt-Nielsen debía seguir una formación durante los dos primeros meses de duración de su contrato.
12. En agosto de 1995, la Sra. Brandt-Nielsen informó a Tele Danmark de que estaba encinta y esperaba dar a luz a principios del mes de noviembre. Poco tiempo después, el 23 de agosto de 1995, fue despedida con efecto a partir del 30 de septiembre, debido a que no había comunicado su embarazo a Tele Danmark en la entrevista. La Sra. Brandt-Nielsen trabajó durante todo el mes de septiembre.
13. Con arreglo al convenio colectivo aplicable, la Sra. Brandt-Nielsen tenía derecho a un permiso de maternidad retribuido de ocho semanas antes de la fecha prevista para el parto. En este caso, dicho período debería haber comenzado el 11 de septiembre de 1995.
14. El 4 de marzo de 1996, HK, actuando en representación de la Sra. Brandt-Nielsen, demandó a Tele Danmark ante el Retten i Århus para obtener el pago de una indemnización porque el despido de la empleada infringía el artículo 9 de la Ley sobre la igualdad de trato.
15. Mediante sentencia de 14 de enero de 1997, el Retten i Århus desestimó el recurso debido a que la Sra. Brandt-Nielsen, que había sido contratada por un período de seis meses, no había indicado que se hallaba encinta en la entrevista de contratación siendo así que el parto estaba previsto para el quinto mes de vigencia del contrato de trabajo.
16. Mediante sentencia de 15 de abril de 1999, el Vestre Landsret, ante el que había apelado la Sra. Brandt-Nielsen, le dio satisfacción debido a que se había probado que su despido estaba relacionado con su embarazo.
17. Tele Danmark recurrió en casación contra dicha sentencia ante el Højesteret, alegando que la prohibición de despedir a una trabajadora embarazada establecida por el Derecho comunitario no se aplica a una trabajadora por cuenta ajena contratada con carácter temporal que, aun sabiendo que estaba encinta en el momento de celebrar el contrato de trabajo, no lo comunicó al empresario y que, debido al derecho a permiso de maternidad, no iba a poder realizar el trabajo para el que había sido contratada durante una parte significativa de la vigencia del contrato.
18. En estas circunstancias, el Højesteret decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: "1) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y/o el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, u otras disposiciones de dichas Directivas o del Derecho comunitario, ¿se oponen a que una trabajadora sea despedida por encontrarse embarazada cuando: - la interesada fue contratada para un empleo temporal por un período determinado; - al ser contratada, conociendo su estado, no advirtió de este hecho al empleador; y - el embarazo suponía que la trabajadora no podría trabajar durante una parte significativa del contrato? 2) ¿Tiene alguna relevancia para la contestación de la primera pregunta el hecho de que la trabajadora fuera contratada por una gran empresa que recurre con frecuencia a la contratación de trabajadores temporales?"

Sobre la primera cuestión

19. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide esencialmente que se dilucide si los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85 deben interpretarse en el sentido de que se oponen al despido de una trabajadora por causa de embarazo cuando esta última fue contratada por un período determinado sin que informara a su empresario de su embarazo, aun cuando lo conocía en el momento de celebrar el contrato de trabajo, y que, debido a dicho estado, no iba a poder trabajar durante gran parte de la duración del contrato.
20. Tele Danmark alega que la prohibición de despedir a una trabajadora embarazada establecida por las Directivas 76/207 y 92/85 no se aplica en las circunstancias del presente asunto. En realidad, la razón determinante del despido no es el propio embarazo, sino el hecho de que la Sra. Brandt-Nielsen no iba a poder cumplir una parte sustancial del contrato. Además, el hecho de que ésta no hubiese informado al empresario de su estado, sabiendo que no iba a poder ejercer su empleo durante una parte sustancial de la vigencia del contrato debido a su embarazo, constituye un incumplimiento del deber de lealtad que se impone en las relaciones entre trabajadores y empresarios, de modo que justifica por sí mismo el despido.
21. Tele Danmark añade que la negativa a contratar a una mujer encinta o su despido sólo infringen el Derecho comunitario cuando se trata de un contrato por tiempo indefinido. En efecto, en el marco de dicha relación laboral, debe suponerse que las obligaciones de la trabajadora siguen existiendo una vez terminado el permiso de maternidad,

- por lo que el respeto del principio de igualdad de trato conduce a un resultado equilibrado.
22. Por el contrario, la Sra. Brandt-Nielsen, la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC sostienen que ni las Directivas 76/207 y 92/85 ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establecen diferencias dependiendo de que el contrato celebrado con la trabajadora sea de duración determinada o por tiempo indefinido.
 23. Consideran que, en el presente asunto, tanto la Directiva 76/207 como la Directiva 92/85 se oponen al despido de la Sra. Brandt-Nielsen, puesto que es evidente que la causa del despido ha sido el embarazo de esta última. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el perjuicio económico sufrido por el empresario o las necesidades inherentes al buen funcionamiento de su empresa no pueden justificar el despido de una trabajadora embarazada, dado que el empresario debe asumir el riesgo de las consecuencias económicas y de organización del trabajo producidas por el embarazo de sus empleadas.
 24. En cuanto a la circunstancia de que la Sra. Brandt-Nielsen no señalara que estaba encinta en el momento de su contratación, la Comisión alega que la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado, puesto que este último no puede tenerlo en cuenta en el momento de la contratación. El Órgano de Vigilancia de la AELC añade que, si se admitiera dicha obligación de informar al empresario, se correría el riesgo de privar de efecto a la protección de las trabajadoras embarazadas establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85, cuando el legislador comunitario ha deseado que dicha protección sea especialmente elevada.
 25. Como ha declarado el Tribunal de Justicia en varias ocasiones, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo que es contraria al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 (sentencias de 8 de noviembre de 1990, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund*, C-179/88, Rec. p. I-3979, apartado 13; de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, Rec. p. I-1657, apartado 15, y de 14 de julio de 1994, *Webb*, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 19).
 26. El legislador comunitario tomó también en consideración el riesgo que un posible despido crea respecto a la situación física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitarlas a interrumpir voluntariamente su embarazo, por lo que previó, en el artículo 10 de la Directiva 92/85, una protección especial en favor de estas trabajadoras imponiendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad.
 27. Además, es preciso señalar que, durante dicho período, el artículo 10 de la Directiva 92/85 no establece ninguna excepción o inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido.
 28. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad (sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88, Rec. p. I-3941, apartado 12) y que la misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto correspondiente durante su embarazo (sentencia de 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*, C-207/98, Rec. p. I-549, apartado 29).
 29. En el apartado 26 de la sentencia *Webb*, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró asimismo que, aunque la disponibilidad del empleado es necesariamente para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su permiso de maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada. La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva 76/207.
 30. Dicha interpretación no puede ser modificada por la circunstancia de que el contrato de trabajo celebrado sea de duración determinada.
 31. En efecto, puesto que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, independientemente de la naturaleza y el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, el hecho de que el contrato de trabajo celebrado sea de una duración determinada o por tiempo indefinido sigue careciendo de incidencia sobre el carácter discriminatorio del despido. En ambos casos, la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo se debe al embarazo.
 32. Además, la duración de una relación laboral es un elemento particularmente aleatorio de ésta ya que, aun cuando el trabajador haya sido contratado en virtud de un contrato de duración determinada, dicha relación puede ser más o menos larga y, además, es posible que se renueve o prolongue.
 33. Por último, es preciso señalar que las Directivas 76/207 y 92/85 no establecen distinción alguna respecto al alcance del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres dependiendo de la duración de la relación laboral de que se trate. Si el legislador comunitario hubiese querido excluir del ámbito de aplicación de dichas Directivas los contratos de duración determinada, que suponen una parte importante de las relaciones laborales, lo habría precisado de forma expresa.
 34. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85 deben interpretarse en el sentido de que se oponen al despido de una trabajadora por causa de embarazo - cuando esta última fue contratada por un período determinado, - no informó a su empresario de su embarazo, a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato de trabajo, - y, debido a dicho estado, no va a poder trabajar durante una parte significativa de la duración de dicho contrato.
- Sobre la segunda cuestión**
35. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si el hecho de que la trabajadora haya sido contratada por una empresa muy grande que emplea con frecuencia personal temporal reviste importancia para la interpretación de los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85.
 36. Tanto las partes del litigio principal como la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC están de acuerdo en considerar que esta cuestión exige una respuesta negativa.
 37. A este respecto, basta señalar que las Directivas 76/207 y 92/85 no

establecen ninguna distinción, respecto al alcance de las prohibiciones que enuncian y de los derechos que garantizan, en función del tamaño de la empresa de que se trate.

38. En cuanto a la circunstancia de que el empresario recurra en gran medida a los contratos de duración determinada, hay que recordar que, como resulta de los apartados 30 y 33 de la presente sentencia, la duración de la relación laboral carece de incidencia sobre el alcance de la protección garantizada por el Derecho comunitario a las trabajadoras embarazadas.
39. En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que el hecho de que la trabajadora haya sido contratada por una empresa muy grande que recurre con frecuencia a personal temporal carece de incidencia sobre la interpretación de los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85.

Costas

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

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Højesteret mediante resolución de 21 de marzo de 2000, declara:

- 1) Los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), deben interpretarse en el sentido de que se oponen al despido de una trabajadora por causa de embarazo - cuando esta última fue contratada por un período determinado, - no informó a su empresario de su embarazo, a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato de trabajo, - y, debido a dicho estado, no va a poder trabajar durante una parte significativa de la duración de dicho contrato.
- 2) El hecho de que la trabajadora haya sido contratada por una empresa muy grande que recurre con frecuencia a personal temporal carece de incidencia sobre la interpretación de los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85.

La Pergola, Wathelet, Jann, Sevón, Timmermans

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 4 de octubre de 2001.

El Secretario El Presidente de la Sala Quinta
R. Grass A. La Pergola

COMENTARIO A LA STJCE DE 4 DE OCTUBRE DE 2001

Como es sabido, el principio de igualdad de trato por razón de sexo en el ámbito europeo ha venido afirmándose progresivamente desde los primeros momentos de funcionamiento de las Comunidades Europeas. En el

concreto aspecto de la igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos en materia de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, se aprobó la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 y, con posterioridad, entre otras relativas a la aplicación progresiva de la igualdad de trato en materia de Seguridad Social, la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 22 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. En esta Sentencia (caso *Tele Danmark*), que tiene precisamente por objeto una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 5, apartado 1 de la primera directiva citada y 10 de la referida en segundo lugar, el Tribunal de Justicia reitera su ya sólida y establecida doctrina consistente en entender que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo que es contraria al artículo 5, apartado 1 de la Directiva 76/207 (Sentencias de 8 de noviembre de 1990, caso *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund*; de 5 de mayo de 1994, caso *Habermann-Beltermann*; y de 14 de julio de 1994, caso *Webb*), sin que esta interpretación pueda verse modificada por ninguna excepción o inaplicación de la prohibición de despido basadas en motivos como el perjuicio económico padecido por el empresario porque la mujer embarazada no pueda ocupar el puesto correspondiente durante su embarazo, aunque no informara al empresario en el momento de la contratación, o porque el contrato de trabajo sea de duración determinada. En ambos casos, argumenta el Tribunal, la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su trabajo se debe al embarazo y el despido en estas circunstancias siempre tiene un carácter discriminatorio. Por otra parte, las directivas mencionadas, subraya, no establecen ninguna distinción respecto del alcance del principio de igualdad de trato según sea la duración de la relación laboral, y donde el legislador comunitario no distingue, no debe distinguirse. Por tanto, debe entenderse que si se hubiese querido excluir del ámbito de aplicación de dicha directiva los contratos de duración determinada, lo habría precisado de forma expresa, máxime suponiendo esta clase de contratos una parte tan importante de las relaciones laborales. Del mismo modo, se pronuncia determinando que el hecho de que una trabajadora haya sido contratada por una empresa muy grande que recurre con frecuencia a la contratación de personal temporal carece igualmente de incidencia sobre la interpretación de los mencionados preceptos comunitarios. La claridad y rotundidad de esta doctrina viene a confirmar la importantísima y crucial labor que en materia de igualdad de trato por razón de sexo en el ámbito comunitario viene realizando el Tribunal de Justicia, considerándola un principio del Derecho Comunitario, siendo la prohibición de trato discriminatorio en esta materia un verdadero derecho fundamental. En esta misma línea puede también citarse la Sentencia de 30 de junio de 1998, caso *Mary Brown v. Rentokil*. En el supuesto concreto de la protección de las mujeres trabajadoras embarazadas resulta meridianamente claro que en tanto el despido por esta causa solo puede afectarles a ellas, aceptarlo aunque fuere con muchas cautelas en ciertas condiciones resultaría directa o indirectamente lesivo de su posición, convirtiéndose por tanto en una discriminación por razón de sexo que operaría estructuralmente para consolidar aún más la desigualdad de género existente en nuestras sociedades y, en particular, en este preciso ámbito (MANUELA MORENO MORENO, LETRADA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE GRANADA).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 180/2001, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2001. INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE QUIEN NO CONTRAJO MATRIMONIO POR RAZONES IDEOLÓGICAS.

TEXTO DE LA SENTENCIA¹

STC 180/2001, de 17 de septiembre. Sala 2ª. Ponente:

D. Guillermo Jiménez Sánchez

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijos y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1434/98, promovido por doña Juana Ramona Romero Guzmán, representada por el Procurador de los Tribunales don Luis José García Barrenechea y asistida por el Abogado don José Antonio Salaberri, contra la Sentencia de 30 de septiembre de 1996 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en el recurso núm. 270/94) por la cual se desestimaba el recurso deducido contra el Acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas núm. 1992083965, de fecha 26 de julio de 1992, desestimatorio a su vez de la solicitud de indemnización formulada, al amparo de la Disposición adicional decimotercera de la Ley 4/1990 de Presupuestos Generales del Estado para 1990, en razón a la prisión sufrida por don Arturo Lechuga Fernández-Lanza. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala. (...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. En la presente demanda de amparo se cuestiona la Resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda que desestimó la solicitud de indemnización formulada por la demandante de amparo en razón de la prisión sufrida por don Arturo Lechuga como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía. Tal Resolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid al desestimar el recurso contencioso-administrativo contra ella deducido. La Administración fundó la denegación en que la demandante de amparo no había contraído matrimonio con el causante de la indemnización, por lo que no acreditaba ser cónyuge superviviente pensionista de viudedad por tal causa o, aun no teniendo esta condición, ser cónyuge viuda del causante. Por su parte el órgano judicial razona que el carácter de norma excepcional obliga a realizar una interpreta-

ción restrictiva (art. 4.2 CC), de forma que la exigencia de previo matrimonio entre el causante y el beneficiario no puede extenderse a las uniones more uxorio, toda vez que este Tribunal ha declarado reiteradamente que no se vulnera el principio de igualdad por el hecho de que el legislador atribuya diferentes efectos a las uniones matrimoniales y a las uniones de hecho. La demandante aduce, en síntesis, que la interpretación realizada, primero por la Administración y luego por el órgano judicial, supone una discriminación por razón del estado civil y la ideología que vulnera el art. 14 en relación con el art. 16, ambos de la CE, pues la demandante y el señor Lechuga no pudieron contraer matrimonio por motivos ideológicos que impedían a este último contraer matrimonio canónico, único existente, según la demandante, durante la totalidad de su convivencia more uxorio entre los años 1931 y 1971.

2. Este Tribunal se ha manifestado ya en diversas ocasiones sobre la incidencia que sobre el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE pudiera tener el distinto tratamiento de las uniones matrimoniales y no matrimoniales en orden a la atribución o reconocimiento de determinados derechos. Singularmente esta jurisprudencia se ha desarrollado a partir de controversias relativas al reconocimiento de pensiones de viudedad a quienes, habiendo convivido more uxorio, sin embargo no pudieron contraer matrimonio por la inexistencia de divorcio en nuestro Ordenamiento jurídico que permitiese la disolución de un matrimonio anterior, así como en relación a la subrogación o continuación en la posición de arrendatario del conviviente no matrimonial en los mismos casos. La doctrina general contenida en estas Sentencias, la singularidad de los supuestos a los que se aplicó, y, finalmente, las peculiaridades del caso que ahora abordamos son los elementos que habrán de determinar la decisión que adoptemos.
3. El punto de arranque de nuestro enjuiciamiento está constituido por la afirmación de este Tribunal, reiterada últimamente en la STC 155/1998, de 13 de julio (FJ 3), de que "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes (ATC 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 CE. Concretamente, respecto del legislador la jurisprudencia constitucional ha declarado que le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad. Como se declaró en la STC 222/1992, 'las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse,

¹ El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico.

JURISPRUDENCIA • TC •

además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y, deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas' (fundamento jurídico 6)".

Más adelante, en el FJ 3 esta misma Sentencia, realizábamos una afirmación de carácter general que ha de constituir el referente de nuestra decisión. Decíamos entonces que:

"[E]n la jurisprudencia constitucional se ha establecido una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional ex art. 14 CE del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio. Así este Tribunal en varias resoluciones, al enjuiciar la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho, ha partido del dato de que, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legítima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia (por todas, STC 184/1990)."

"Ciertamente ... esta afirmación ... no supone que por exigencias del art. 14 CE deban reconocerse de forma mecánica y generalizada los mismos derechos y obligaciones que poseen quienes conviven en virtud del vínculo matrimonial a todos aquellos que conviven con otra persona y no pueden contraer matrimonio porque no reúnen los requisitos legalmente establecidos para ello. Lo único que se ha declarado es que antes de proceder al análisis de fondo, de la legitimidad constitucional del trato diferenciado a la luz del art. 14 CE deberá examinarse si quienes convivían more uxorio, tenían libertad para contraer matrimonio y si las causas que hipotéticamente lo impedirían resultan constitucionalmente admisibles, ya que de no ser así, deberá concluirse que esa ausencia de libertad conlleva ex art. 14 CE una obligada igualdad de trato".

Y en el siguiente fundamento precisábamos que:

"[N]o toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente."

"Para que esto sea así la causa que, limita la libertad de casarse, debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales ... En estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron more uxorio lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial."

4. En aplicación de esta doctrina se ha venido reconociendo el derecho a obtener idéntico trato a las parejas matrimoniales y no matrimoniales, y, en consecuencia, se ha otorgado o denegado el amparo solicitado, examinando primero si existió la posibilidad efectiva de que los convivientes more uxorio contrajesen el matrimonio que constituye el presupuesto de aplicación de la norma más beneficiosa o si, por el con-

trario, se vieron impedidos para ello por una causa constitucionalmente inadmisibles. Así, en la STC 155/1998, de 13 de julio, se otorgó el amparo en atención a que los convivientes no habían podido contraer matrimonio al no existir posibilidad de divorciarse porque todavía no se había dado cumplimiento al mandato contenido en el art. 23.2 CE de regular las causas de disolución del matrimonio. Por el contrario, en la STC 39/1998, de 17 de febrero, se denegó el amparo valorando que la demandante, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta el fallecimiento del causante de la pretendida pensión de viudedad, dispuso de tiempo suficiente para contraer matrimonio. Sin embargo se denegó el amparo solicitado en el caso resuelto por la STC 66/1994, de 28 de febrero, que abordó un supuesto en el cual el motivo esgrimido para no haber contraído el matrimonio fue que la ideología anarquista de uno de los convivientes era contraria a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración, siendo ello una convicción profunda del causante, insuperable, obstativa al matrimonio, de modo que le impedía contraerlo con tanto o más rigor que las causas obstativas expresamente admitidas como tales en la doctrina de este Tribunal Constitucional (señaladamente, la de estar casado, antes de la aprobación de la Ley 30/1981, que reguló el divorcio); tal motivo, al referirse a la institución matrimonial en general, no pugnaba con los principios y valores constitucionales, sino que era expresión de la libertad de contraer o no matrimonio, por lo que el amparo, como queda dicho, no prosperó.

5. Expuestos los criterios que han de guiar nuestra decisión, hemos de indagar si la demandante y el señor Lechuga se vieron impedidos para contraer matrimonio, extremo que constituye uno de los presupuestos de la indemnización solicitada por la demandante; y, en caso de ser así, si la causa obstativa a la celebración de dicho enlace está o no proscrita por nuestra Constitución.

Pues bien, si exceptuamos el período de vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 sobre matrimonio civil, sobre el que luego hemos de volver, ha de afirmarse que durante el tiempo en que duró la convivencia alegada existía en España un sistema matrimonial que, a lo sumo, admitía únicamente para los bautizados en la Iglesia Católica el matrimonio civil con carácter subsidiario.

En efecto, derogada la Ley de matrimonio civil mediante la Ley de 12 de marzo de 1938, que restableció la vigencia de las disposiciones del Código Civil y de todas las demás normas complementarias aplicables a la fecha de entrada en vigor de la Ley derogada, volvió a estar vigente el art. 42 del Código Civil. En este marco legislativo la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de marzo de 1938 estableció que, para autorizar la celebración del matrimonio civil, se exigiese declaración expresa de no profesar la religión católica por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos. Con mayor rigidez aún la Orden de 10 de marzo de 1941 dispuso en su art. 1 que: "los jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la religión católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuese posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios". Con posterioridad el Decreto del Ministro de Justicia de 26 de octubre de 1956

sustituyó las anteriores exigencias por la tradicional declaración de no profesión de la religión católica, admitiéndose también el acceso al matrimonio civil en caso de apostasía (art. 41 del Reglamento del Registro Civil). Tan sólo dos años después, mediante la Ley de 24 de abril de 1958, se modificó el art. 42 del Código Civil para imponer la forma religiosa si al menos uno de los contrayentes profesaba la religión católica, y exigiendo para autorizar el matrimonio civil la prueba de que ninguno de los contrayentes profesaba tal religión, de suerte que la apostasía, con su rigor probatorio, se convirtió en eje de la aplicación de estos preceptos. Fue la Ley de Libertad Religiosa de 28 de junio de 1967 la que, al establecer que "se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profesen la religión católica", suavizó el sistema matrimonial, sobre todo si se tiene en cuenta que las disposiciones posteriores reducían la prueba de la no profesión a la simple declaración de los interesados (art. 246.2 del Reglamento del Registro Civil, en la redacción dada por el Decreto 1138/1969, de 22 de mayo, del que se hace aplicación, entre otras, por la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 7 de julio de 1971). Este sistema matrimonial estaría vigente hasta la promulgación de la Constitución.

De lo anteriormente expuesto se deduce que hasta la promulgación de la Constitución española la posibilidad de contraer matrimonio civil se condicionaba a la prueba de no profesar la religión católica, prueba que en los períodos normativos de menor rigor hubiera exigido a la demandante y al señor Lechuga una declaración expresa de no profesar tal religión, lo que hoy pugna frontalmente con la libertad religiosa y, en concreto, con el derecho derivado de ella a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias que proclama el art. 16 CE. Así lo entendió también la Dirección General de Registros y del Notariado que el día 26 de diciembre de 1978 dictó una Instrucción (publicada en el BOE del día 30, un día después de la entrada en vigor de la Constitución) por la que, atendida la eficacia directa del art. 16 CE, que proclama que nadie puede ser obligado a declarar sobre su religión, ordenaba a los encargados del Registro Civil que autorizaran los matrimonios civiles de todas las personas que desearan contraerlo "sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes". En suma, y en esto no podemos aceptar la posición del Ministerio Fiscal, lo relevante no es tanto que la demandante pudo contraer matrimonio con el señor Lechuga, sino que, o dicho matrimonio había de ser el religioso, lo cual pugnaba con sus creencias (al menos con las del señor Lechuga), o, para que el matrimonio fuera civil, tenían que hacer declaración expresa de no profesar la religión católica, lo cual, en cuanto exigencia de manifestación de creencias religiosas, positivas o negativas, resulta incompatible con los derechos reconocidos en el art. 16 CE.

Prescindiendo de las indudables dificultades y repercusiones que tal declaración pudiera acarrear en las diferentes coyunturas político-sociales del dilatado período de convivencia *more uxorio*, tal falta de libertad efectiva para contraer matrimonio civil determina, conforme a la doctrina constitucional expuesta, la atribución a la demandante de los mismos beneficios que si hubiera contraído matrimonio con el señor Lechuga, pues no puede admitirse que la falta de libertad religiosa que sufrió la demandante prolongue sus efectos en la actualidad, en que tal libertad, no solo alcanza el máximo grado de eficacia

conforme al art. 53.1 CE, sino que integra los valores de justicia e igualdad, proclamados como valores superiores del Ordenamiento jurídico por el art. 1 CE.

6. Resta por analizar la incidencia que haya de tener el hecho de que durante el período 1932-1938 pudiese contraerse en España matrimonio civil. Pese a que la demandante de amparo asegure que durante la totalidad de su convivencia *more uxorio* con el señor Lechuga entre los años 1931 y 1971 no pudieron ella y éste contraer otro matrimonio que el canónico, lo cierto es que desde la entrada en vigor de la Ley de 28 de junio de 1932, sobre matrimonio civil, hasta 1938, la demandante y el señor Lechuga pudieron haber celebrado un matrimonio civil sin necesidad de realizar ninguna declaración, ni positiva ni negativa, sobre sus creencias religiosas. Ahora bien, no puede desconocerse que tal posibilidad no elimina el hecho cierto de que a partir de 1938, es decir, durante los últimos 33 años de convivencia, la demandante y su compañero no pudieron contraer matrimonio civil sin hacer una declaración sobre sus creencias religiosas, exigencia que hoy pugna con el art. 16 CE, sobre cuya relevancia constitucional ya nos hemos extendido en los anteriores fundamentos jurídicos. Al margen de criterios cuantitativos (extensión de los períodos en que hubo o no posibilidad real de contraer matrimonio civil sin declarar las propias creencias) o crónicos (cuál fue el período en el que existió tal posibilidad), que, sin carecer de toda relevancia, no resultan definitivos ni unívocos en su significación, lo decisivo es que la ausencia de libertad que justifica la equiparación de trato entre las parejas matrimoniales y las no matrimoniales se dio, aunque no durante la totalidad del período de convivencia, en el momento del fallecimiento del señor Lechuga y durante los 33 años que precedieron a este hecho, período durante el cual la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuyos hechos no nos corresponde revisar [art. 44.1 b) LOTC], afirma la existencia de convivencia *more uxorio*. Es decir, la falta de libertad a la que constantemente nos referimos constituía el carácter, estable y consolidado, del marco normativo existente durante los 33 años anteriores al fallecimiento del señor Lechuga. Es precisamente el momento del fallecimiento del causante de la indemnización por la privación de libertad el que el legislador toma en cuenta para designar al beneficiario, exigiendo que sea cónyuge del causante, y, por ello, es la situación concreta existente a la sazón la que hemos de tomar en cuenta para determinar si las parejas matrimoniales y las no matrimoniales han de equipararse por no haber podido las últimas contraer matrimonio en virtud de una causa no admisible constitucionalmente, toda vez que dicha situación de falta de libertad no era, en el tiempo a considerar, algo episódico, ocasional o reciente desde el punto de vista normativo. Finalmente, ha de añadirse que, aun guardando cierta semejanza, el presente supuesto difiere del resuelto en la STC 66/1994, de 28 de febrero, a que más arriba nos hemos referido. Entonces la razón de no contraer matrimonio por la demandante de amparo no pugnaba con la Constitución, pues radicaba en la oposición a toda forma de matrimonio, ya fuera civil o religioso, por parte de la persona con la que la entonces demandante de amparo convivió *more uxorio* durante un dilatado período de tiempo, incluso ya vigente la Constitución.
7. Todo lo anterior conduce derechamente al otorgamiento del amparo que se solicita, pues la Administración primero, y el órgano judicial después, orillaron que la consideración constitucional de la libertad

religiosa imponía que la interpretación de la norma aplicada al supuesto concreto de la demandante no produjese como consecuencia un trato adverso basado en la inexistencia de un vínculo matrimonial que no pudo contraerse sin vulnerar el derecho a la libertad religiosa hoy reconocido en el art. 16 CE, de suerte que se consumó una discriminación por motivos religiosos, contraria al art. 14 CE, al proyectar al momento actual los efectos de una situación legal claramente contraria a la Constitución, dándole, así, injustificadamente, ultraactividad a dicha situación.

Finalmente, en cuanto a las medidas necesarias para el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados, ha de hacerse notar que la resolución administrativa que denegó la solicitud de indemnización, luego confirmada en vía judicial, estableció expresamente que, como no se acreditaba el vínculo matrimonial entre el beneficiario y el causante de la indemnización, ni que fuese cónyuge superviviente, o que, aun no teniendo esta condición, acreditase ser cónyuge viudo del mismo, no hacía falta valorar la concurrencia del resto de requisitos establecidos legalmente para el reconocimiento de la indemnización. Por su parte la resolución judicial tampoco realiza afirmaciones tajantes e inequívocas sobre la concurrencia de los demás requisitos establecidos por la norma, sino que desestimó el recurso por entender que en estos supuestos no podía asimilarse la convivencia *more uxorio* a la matrimonial. Nos encontramos por tanto ante la inexistencia de un pronunciamiento administrativo o judicial sobre la concurrencia del resto de requisitos exigidos por la norma aplicable para el reconocimiento del derecho, por lo que es preciso que el otorgamiento del amparo pedido lleve consigo la anulación de los actos administrativos a los que primeramente se imputa la lesión de derechos fundamentales y de la resolución judicial que no reparó tales vulneraciones, con retroacción de las actuaciones a la vía administrativa para que la Administración resuelva con pleno respeto a los derechos fundamentales vulnerados.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

- 1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante a la igualdad sin sufrir discriminación por motivos religiosos (art. 14, en relación con el art. 16.2, CE).
- 2º Restablecer a la demandante en la integridad de su derecho y, a tal efecto, anular la Sentencia de 30 de septiembre de 1996, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso núm. 270/94), así como el Acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas núm. 1992083965, de fecha 26 de julio de 1992, y retrotraer las actuaciones al momento de la tramitación administrativa previo al dictado del indicado Acuerdo a fin de que se adopte otro acorde con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a diecisiete de septiembre de dos mil uno.

COMENTARIO A LA STC 180/2001, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2001

Esta sentencia del Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo promovido contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimaba un recurso contra el Acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, desestimatorio de la solicitud de indemnización formulada, al amparo de la Disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1990 de Presupuestos Generales del Estado para 1990. La demandante reclamaba la indemnización por haber convivido *more uxorio* entre los años 1931 y 1971 con un militante del Partido Comunista de España que había sido condenado por delito de adhesión a la rebelión, permaneciendo en prisión entre los días 24 de junio de 1939 y 11 de enero de 1943, así como en el período comprendido entre el 14 de septiembre de 1945 y el 17 de enero de 1954. La demandante alegaba que, pese a no haber contraído matrimonio por ser ello contrario a la ideología de su compañero y no poderse contraer en la época matrimonio civil, habían convivido matrimonialmente durante cuarenta años, por lo que tenía derecho a la indemnización solicitada.

Hay que señalar que la resolución judicial se basaba en la jurisprudencia constitucional precedente, invocando la ausencia de normativa específica sobre las uniones *more uxorio* y la necesidad de aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional. Así, se partía de la consideración de que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes. Al mismo tiempo, se entendía que la norma a cuyo amparo se solicitaba la indemnización es una norma excepcional y restringida al contemplar el reconocimiento de un derecho por la concurrencia de determinadas y específicas circunstancias, también, excepcionales. Esta característica de la norma provoca una interpretación restringida de la misma conforme establece el artículo 4.2 del Código Civil, lo que supone la preexistencia de la relación matrimonial entre causante y viudo/a, sin que pueda extenderse a las uniones *more uxorio* el derecho que la norma reconoce, al no haber una interpretación extensiva dado el carácter de esta norma.

La sentencia otorga el amparo, por lo que el fallo puede considerarse acertado, a mi juicio. Sin embargo, resulta más discutible que la fundamentación sea acertada, por cuanto el Tribunal mantiene y reafirma su doctrina anterior y desaprovecha la oportunidad de corregir algunos aspectos de esa doctrina que son merecedores de una revisión más acorde con el principio de igualdad. El Tribunal Constitucional parte, efectivamente, de la doctrina previamente asentada y afirma que «el punto de arranque de nuestro enjuiciamiento está constituido por la afirmación de este Tribunal, reiterada últimamente en la STC 155/1998, de 13 de julio (FJ 3), de que "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equiva-

lentes (ATC 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 CE. Concretamente, respecto del legislador la jurisprudencia constitucional ha declarado que le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad» (FJ 3). Desde esa perspectiva, entendía y entiende el Tribunal que antes de proceder al análisis de la legitimidad constitucional del trato diferenciado a la luz del art. 14 CE deberá examinarse si quienes convivían *more uxorio*, tenían libertad para contraer matrimonio y si las causas que hipotéticamente lo impedían resultan constitucionalmente admisibles, ya que de no ser así, deberá concluirse que esa ausencia de libertad conlleva ex artículo 14 CE una obligada igualdad de trato.

Para el Tribunal, «en aplicación de esta doctrina se ha venido reconociendo el derecho a obtener idéntico trato a las parejas matrimoniales y no matrimoniales, y, en consecuencia, se ha otorgado o denegado el amparo solicitado, examinando primero si existió la posibilidad efectiva de que los convivientes *more uxorio* contrajesen el matrimonio que constituye el presupuesto de aplicación de la norma más beneficiosa o si, por el contrario, se vieron impedidos para ello por una causa constitucionalmente inadmisibles» (FJ 4). Se mencionan así decisiones jurisprudenciales previas en las que se otorga el amparo porque no hubo posibilidad de contraer matrimonio al no permitir el ordenamiento la posibilidad de disolución de un vínculo matrimonial previo (STC 155/1998, de 13 de julio) o se deniega por no haberse hecho uso de esa posibilidad, que sí habría permitido la celebración del matrimonio (STC 39/1998, de 17 de febrero). Paradigmática resulta, a estos efectos, la referencia a la STC 66/1994, de 28 de febrero, que se dictó en un caso muy similar al que ahora se enjuicia y que fue resuelto de distinta manera, denegando el amparo. Las diferencias entre un supuesto y otro son de doble naturaleza: por un lado, la ideología anarquista del fallecido, que le impedía contraer no sólo matrimonio religioso (como en el caso que estamos analizando) sino también matrimonio civil. Por otro lado (y quizás más trascendente para la decisión del Tribunal Constitucional, aunque menos visible y, por supuesto no argumentado explícitamente) no se trataba del reconocimiento del derecho a una indemnización circunscrita a motivos específicos y de carácter excepcional, sino a una pensión de viudedad que hubiera podido tener una mayor incidencia presupuestaria a medio y largo plazo. Volveremos más adelante a esa sentencia, una vez que

hayamos concluido la exposición de la argumentación que le sirve al Tribunal de base para el fallo de la que ahora estamos analizando. Para el Tribunal, en suma, se trata de indagar si los afectados «se vieron impedidos para contraer matrimonio, extremo que constituye uno de los presupuestos de la indemnización solicitada por la demandante; y, en caso de ser así, si la causa obstativa a la celebración de dicho enlace está o no proscrita por nuestra Constitución». A ambas cuestiones se responde afirmativamente en este caso, por lo que se termina otorgando el amparo. El punto de partida es la constatación de que hasta la promulgación de la Constitución española la posibilidad de contraer matrimonio civil se condicionaba a la prueba de no profesar la religión católica, prueba que en los períodos normativos de menor rigor hubiera exigido una declaración expresa de no profesar tal religión, «lo que hoy pugna frontalmente con la libertad religiosa y, en concreto, con el derecho derivado de ella a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias que proclama el art. 16 CE» (FJ 5). A partir de esa constatación, la sentencia, en una argumentación sugerente, termina por contestar a las dos cuestiones simultáneamente, al decir que lo relevante no es tanto que la demandante pudo contraer matrimonio, sino que, o dicho matrimonio había de ser el religioso, lo cual pugnaba con sus creencias (al menos con las de su compañero), o, para que el matrimonio fuera civil, tenían que hacer declaración expresa de no profesar la religión católica, lo cual, en cuanto exigencia de manifestación de creencias religiosas, positivas o negativas, resulta incompatible con los derechos reconocidos en el art. 16 CE (FJ 5). De ahí que concluye que «prescindiendo de las indudables dificultades y repercusiones que tal declaración pudiera acarrear en las diferentes coyunturas político-sociales del dilatado período de convivencia *more uxorio*, tal falta de libertad efectiva para contraer matrimonio civil determina, conforme a la doctrina constitucional expuesta, la atribución a la demandante de los mismos beneficios que si hubiera contraído matrimonio (...), pues no puede admitirse que la falta de libertad religiosa que sufrió la demandante prolongue sus efectos en la actualidad, en que tal libertad, no solo alcanza el máximo grado de eficacia conforme al art. 53.1 CE, sino que integra los valores de justicia e igualdad, proclamados como valores superiores del Ordenamiento jurídico por el art. 1 CE» (FJ 5).

Por todo ello, el Tribunal decide otorgar el amparo al entender que «la Administración primero, y el órgano judicial después, orillaron que la consideración constitucional de la libertad religiosa imponía que la interpretación de la norma aplicada al supuesto concreto de la demandante no produjese como consecuencia un trato adverso basado en la inexistencia de un vínculo matrimonial que no pudo contraerse sin vulnerar el derecho a la libertad religiosa hoy reconocido en el art. 16 CE, de suerte que se consumió una discriminación por motivos religiosos, contraria al art. 14

CE, al proyectar al momento actual los efectos de una situación legal claramente contraria a la Constitución, dándole, así, injustificadamente, ultraactividad a dicha situación» (FJ 7). Finalmente, el fallo declara que «ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante a la igualdad sin sufrir discriminación por motivos religiosos (art. 14, en relación con el art. 16.2, CE)».

Como si hubiera necesidad de justificar adicionalmente la diferencia entre el supuesto objeto de este recurso y el que dio origen a la STC 66/1994, habida cuenta del resultado diferente de ambos, el Tribunal añade en el FJ 6 una referencia a este caso: «aun guardando cierta semejanza, el presente supuesto difiere del resuelto en la STC 66/1994, de 28 de febrero, a que más arriba nos hemos referido. Entonces la razón de no contraer matrimonio por la demandante de amparo no pugnaba con la Constitución, pues radicaba en la oposición a toda forma de matrimonio, ya fuera civil o religioso, por parte de la persona con la que la entonces demandante de amparo convivió *more uxorio* durante un dilatado período de tiempo, incluso ya vigente la Constitución». A mi modo de ver, esta preocupación del Tribunal es expresiva justamente de la dificultad que presenta, desde la perspectiva de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 CE, argumentar la diferencia entre uno y otro supuesto. Por el contrario, habría que decir que la libertad ideológica no puede amparar sólo el rechazo a una determinada formalización de la convivencia *more uxorio* (que es sustancialmente la que debe generar cualquier derecho si queremos aplicar el principio de igualdad) como ocurría en el caso del militante comunista, sino que

debe amparar también el rechazo a cualquier formalización de la convivencia *more uxorio*. De otro modo llegamos a conclusiones paradójicas, porque si el militante comunista no podía ser obligado a declarar sobre su ideología, si se le obliga al militante anarquista (a su compañera, que vivió con él 55 años) a confesar esa ideología para justificar por qué la convivencia de 55 años no se formalizó a través de un contrato matrimonial.

En conclusión, esta sentencia del Tribunal Constitucional merecería una doble valoración. En lo que al fallo se refiere, supone un paso adelante en la comprensión de la igualdad y del ejercicio de derechos, como la libertad ideológica, que no deben generar ningún tipo de discriminación. En lo que a la argumentación se refiere, se ha perdido la oportunidad de corregir una doctrina anterior excesivamente restrictiva en determinados supuestos en los que el criterio de fondo que parece seguirse es el del riesgo potencial de afectación presupuestaria. Basta comparar las diferentes conclusiones que se extraen de la convivencia cuando no hay este tipo de implicaciones presupuestarias (así en la STC 222/1992 de 11 de diciembre, relativa a la subrogación arrendaticia) con aquéllas en que sí se pueden dar (como es el caso de la STC 66/1994) para comprender como motivos no argumentados explícitamente pueden estar condicionando las diferentes respuestas a un mismo problema jurídico: el de los derechos que se deben derivar de la convivencia no formalizada a través de un contrato matrimonial. (FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 546, DE 3 DE ABRIL DE 2001. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE UN DELITO DE ABUSO SEXUAL.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS DE 3 DE ABRIL DE 2001, SALA DE LO PENAL
PONENTE: EXCMO.SR. D. EDUARDO MÓNER MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en el inicial motivo de impugnación, se alega vulneración del artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la jurisprudencia de esta Sala, entre otras sentencias 8 de abril 1996, 24 julio 1996 y 23 de septiembre de 1997, sustentadoras de que los atestados policiales no constituyen por sí mismos prueba de cargo.

Se alega que la prueba de cargo determinante de la condena del acusado estriba para la Audiencia en el reconocimiento efectuado por la denunciante minutos después de ocurridos los hechos, por lo que no era necesario como prueba de cargo el reconocimiento en rueda, y en ese caso la prueba documental aportada a los autos donde consta aquel hecho fundamental se ofrece en un documento interno policial donde consta que la víctima fue llevada por la fuerza policial a verificar si el retenido es el autor de los hechos haciendo constar en el documento interno que "la agredida reconoce al retenido en el lugar de los hechos como autor de los mismos, y tal documento no fue ratificado en el acto de la vista ni se aportaron las cintas magnetofónicas base del mencionado documento".

El atestado no ratificado en juicio es un acto preprocesal inidóneo para desvirtuar la presunción de inocencia, pero ello no implica que carezca de efectos procesales, pues cuando contiene datos objetivos y de resultado incontestable como los supuestos en los que los delincuentes son sorprendidos en situación de flagrancia o cuasi flagrancia, el valor que debe atribuírsele es el de verdaderas pruebas, sometidas como las demás a la libre valoración de las mismas.

Con carácter general la jurisprudencia sentencia, entre otras, de 20 octubre 1998, declara que la identificación posterior, sobre todo en el acto del juicio oral, ratificando su reconocimiento anterior tiene el valor y alcance de prueba testifical de cargo y en el caso que se examina, la víctima, en el acto del juicio oral, reconoce sin ningún género de duda al acusado como la persona que le agredió en el rellano de acceso a su vivienda y con todas las garantías de contradicción, oralidad e intermediación, relató los hechos e identificó al acusado con plena y total seguridad y además, consta la declaración del Ertzaina núm. ... que declara que no tiene duda de que el acusado es el autor de los hechos.

El motivo, debe rechazarse.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española, y la doctrina jurisprudencial

relativa a la certeza de las declaraciones de las víctimas en delitos de contenido sexual, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 8 junio 1998, 3 abril 1996 y 28 septiembre 1998, se alega en el correlativo motivo, que no se cumplen los requisitos exigidos para atribuir la necesaria credibilidad a las declaraciones de la denunciante.

Una reiterada doctrina de esta Sala, sentencias de 7 mayo, 18 y 21 setiembre y 11 noviembre 1998, tiene declarado respecto a las notas que han de revestir las declaraciones de las víctimas, y que han de ser: 1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado-víctima, que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente; 2º) Verosimilitud, en cuanto que el testimonio, que no es propiamente tal, ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria; 3º) Persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

En todo caso, es preciso analizar el testimonio de la víctima, en la totalidad de su contenido y ponerlo en relación con otros datos objetivos si existieran en la causa, y para cumplir satisfactoriamente con esta exigencia de nuestro ordenamiento jurídico procesal, es necesario disponer de la inmediatez que proporciona el juicio oral, que permite captar el tono y las inflexiones de la voz, las actitudes externas, y los gestos, vacilaciones o silencios que se produzcan durante el interrogatorio a que se somete al testigo, y en el que intervienen todas las partes personadas. Estas mismas observaciones hay que efectuarlas también respecto a las manifestaciones del acusado, para establecer tras un balance comparativo, una conclusión definitiva sobre la culpabilidad o inocencia.

En el caso que se examina, y frente a lo que se alega, concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para dar credibilidad a la declaración de la víctima que incluso llega a reconocer a su agresor sin ningún género de duda, a quien no conocía con anterioridad y siendo perfectamente admitido que se puede reconocer a una persona en un lugar donde hay suficiente luz aunque lleve tapada la cara hasta la nariz coincidiendo además en la descripción de sus características físicas con la persona que momentos antes le había acometido y retenido por la policía y además se acompaña de la declaración del agente que procedió, casi de inmediato, a la retención del agresor.

El motivo, pues, debe rechazarse.

TERCERO.- Al amparo del núm. 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el tercer motivo de impugnación, se alega vulneración del principio de presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución Española por inexistencia de actividad probatoria, pues la testifical policial ha de sujetarse, al igual que la de la víctima, a los mismos requisitos.

El derecho fundamental invocado supone la verdad interina o presunción «*iuris tantum*» de la inocencia del acusado sobre los hechos que se le imputan y su participación en los mismos.

Cuando se invoca la presunción de inocencia a esta Sala, solo le cabe comprobar si ha existido una actividad probatoria de cargo, aunque sea mínima, que se haya practicado con observancia de las garantías constitucionales y procedimentales, que permitan al órgano juzgador un pronunciamiento incriminatorio del acusado sobre aquellos hechos y su participación, pero en modo alguno permiten revisar la valoración que de la prueba practicada haya efectuado el Tribunal de instancia, por ser dicha valoración una facultad soberana, exclusiva y excluyente de aquél, según dispone el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 117 de la Constitución Española.

El Tribunal «a quo», vio y oyó ambas versiones, la de la víctima y el acusado, y en virtud de la inmediación de que dispuso, otorgó prevalencia a la primera de ellas, y esa valoración de la prueba que le corresponde en exclusiva, no puede ser objeto de censura en el trámite casacional, máxime cuando las conclusiones a que llegó el órgano jurisdiccional, no son arbitrarias, ni ilógicas, sino ajustadas a las normas de la experiencia. Existe, pues, actividad probatoria, practicada en forma legal, y con entidad inculpativa.

El propio acusado admite la existencia de prueba testifical, como es la del agente núm. ..., obtenida lícitamente y por ello su valoración corresponde de manera exclusiva y excluyente al Tribunal de instancia, como se ha dicho, ya que realmente lo que hace el acusado, desde su lógica posición procesal, es valorarla de manera distinta a la realizada por el juzgador, lo que le está vedado, y si a ello se añade la declaración de la víctima que igualmente goza de credibilidad y verosimilitud para el Tribunal de instancia existe, pues, prueba incriminatoria y la presunción de inocencia queda desvirtuada.

El motivo no debe prosperar.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TS, DE 3 DE ABRIL DE 2001

La cuestión principal que se plantea en esta Sentencia del Tribunal Supremo gira en torno a la eficacia de la declaración de la víctima de un delito de índole sexual para provocar la condena de su autor.

Como es sabido, nuestro sistema penal se fundamenta en el principio de presunción de inocencia, principio que no sólo vertebra el proceso penal en todo Estado de Derecho, sino que, además, constituye un auténtico derecho fundamental consagrado en el art. 24 CE. De acuerdo con el cual se prohíbe la condena sin pruebas, de tal modo que la declaración de culpabilidad necesariamente ha de ir precedida de la actividad probatoria que permita deducir dicha culpabilidad. Además impone sobre quien acusa la carga de aportar

los elementos probatorios que permitan la condena.

Así pues, este derecho opera fundamentalmente en el ámbito procesal y se conecta íntimamente con el régimen jurídico de la prueba, configurando una presunción *iuris tantum* de inocencia del acusado que es necesario destruir mediante la aportación de las pruebas adecuadas, para lograr así la declaración de culpabilidad del acusado. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional, «La presunción de inocencia como verdad interinamente afirmada y mantenida, exige que se demuestre lo contrario, la culpabilidad, (...), o sea, que la desplace una prueba adecuada exigible en todo caso para que el Tribunal pueda condenar»¹, o, lo que es lo mismo, para llegar a desvirtuar la presunción de inocencia es necesario una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del acusado².

Precisamente lo que se plantea aquí es si la declaración de la víctima de un delito de abuso sexual constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. En relación con esta cuestión el TS ha afirmado en numerosas ocasiones la eficacia de esta declaración para enervar dicha presunción, doctrina que se justifica plenamente si atendemos a las circunstancias de clandestinidad en que se suelen producir estos delitos sexuales, lo que impide normalmente disponer de otras pruebas. Esto no significa, sin embargo, que la mera declaración de la víctima pueda erigirse, por sí sola y en todo caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. De acuerdo con la doctrina del TS es necesario que concurran una serie de requisitos, necesarios para garantizar este derecho fundamental. Concurriendo dichos requisitos, lo que corresponde apreciar al tribunal juzgador, la condena es, desde el punto de vista de la presunción de inocencia, constitucionalmente legítima. Estos requisitos son los siguientes: 1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado-víctima, que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente; 2º) Verosimilitud, en cuanto que el testimonio, que no es propiamente tal, ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria; 3º) Persistencia en la incriminación. Ésta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

1. STC 254/1988, de 21 de diciembre.

2. STC 31/1981, de 28 de julio.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 872/2001, DE 14 DE MAYO DE 2001. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTIMIDAD EN LAS RELACIONES MATRIMONIALES.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS 14 MAYO 2001. SALA DE LO PENAL.

PONENTE: D. DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El acusado hoy recurrente, fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Primera) como autor responsable de un delito de descubrimiento de secretos previsto y penado en el art. 197.1 CP vigente (RCL 1995,3170 y RCL 1996,777), más favorable para aquél que el art. 497 CP/1973 (RCL 1973, 2255 y NDL 5670), que sancionaba más gravemente la misma conducta ilícita. Los hechos de que trae causa la sentencia condenatoria que ahora se impugna en casación, y que se declaran probados son, esencialmente, que el acusado "... con objeto de comprobar si su esposa... le era infiel, instaló un mecanismo para interceptar y grabar conversaciones telefónicas en el aparato situado en el dormitorio del domicilio conyugal..." logrando de este modo la grabación de conversaciones mantenidas con diferentes personas, entre ellas el supuesto amante de la esposa del acusado.

El primer motivo que formula el recurrente se articula por el cauce del error de derecho del art. 849.1 Crim. denunciando infracción de ley por indebida aplicación a los hechos probados del art. 197. 1 CP, alegando como fundamento medular del reproche la ausencia del elemento subjetivo del tipo, esto es, el propósito de descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro. Como argumento básico que fundamenta esta censura casacional, alega el recurrente que en el caso presente no se ha lesionado el derecho a la intimidad de la esposa del acusado porque -según razona- el derecho a la intimidad que ampara el art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) tiene una doble dimensión: personal y familiar, y aquí estaríamos ante la dimensión familiar de aquel derecho, porque -sostiene- "los hechos imputados afectan única y exclusivamente a una familia" (sic). Partiendo de esta base, y recordando el deber que el art. 68 Código Civil impone a los cónyuges de guardarse fidelidad, afirma que la infidelidad no forma parte de la intimidad de un cónyuge frente a otro, "... por libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial deja fuera del derecho fundamental a la intimidad personal, el ámbito que afecta al derecho/obligación de fidelidad", concluyendo su alegato que, en el seno del matrimonio "... el derecho a la intimidad no es personal, sino familiar, de ambos cónyuges frente a terceros, pero no de uno frente a otro...", de donde resultaría que, proyectándose la conducta del acusado en el ámbito de la obligación de fidelidad matrimonial, "... no habría en el caso enjuiciado bien jurídico protegido".

SEGUNDO. El razonamiento de la parte recurrente es manifiestamente insostenible e inaceptable, por más que deba destacarse el meritorio esfuerzo realizado en pos de su pretensión.

En efecto, lo primero que debe significarse es que el desarrollo del motivo

plantea cuestiones muy diferentes, porque a la denuncia básica de la falta del elemento subjetivo del tipo, se añade posteriormente una pretendida ausencia de antijuridicidad de la acción típica por la supuesta inexistencia de lesión al bien jurídicamente protegido por la norma penal, o -como se expone en otro lugar del recurso- por la concurrencia de una causa de legitimación o justificación de la conducta.

La figura delictiva del art. 197. 1 CP se integra por la ejecución de alguna de las acciones que se describen en el tipo (elemento material), y por el ánimo que impulsa la acción del sujeto activo, que debe dirigirse a "descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento" (elemento subjetivo). La presencia en el caso enjuiciado del elemento material es incuestionable y no ha sido cuestionada. En cuanto al elemento interno requerido por el tipo, su concurrencia no admite la menor duda, por cuanto del hecho probado se infiere de manera inequívoca que la acción del agente estaba encaminada a conocer secretos de la persona así espiada sin el consentimiento de ésta, invadiendo y violentando el ámbito de su intimidad personal como medio de acceso a dichos secretos, por lo que aparece incuestionable que el acusado sabía lo que hacía y quería hacer lo que hizo con lo que se cierra el círculo del dolo propio de este tipo delictivo.

En cuanto a las alegaciones del recurrente de que la subrepticia injerencia en el ámbito de la intimidad de la esposa para descubrir supuestas o reales infidelidades mediante aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas de aquélla carecen de contenido penal, porque -según se afirma- los secretos en esa esfera de la infidelidad matrimonial no son secretos personales, ni afectan a la intimidad de quien los posee, sino que forman parte de lo que el recurrente denomina "dimensión familiar" de la intimidad; tales alegaciones, repetimos, deben ser repelidas rotundamente, porque esa invocada "dimensión familiar" de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.

Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del art. 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto, que tiene su reflejo sancionador en el art. 197 CP. Por ello mismo, resulta sencillamente inadmisibles la alegación del recurrente de que por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y allegar pruebas de la infidelidad de la esposa. Porque la única excepción a la invasión ajena de esos espacios íntimos y exclusivos del ser humano, cuya impenetrabilidad por terceros se establece «erga omnes», la constituye la

JURISPRUDENCIA • TS •

autorización judicial que, además, debe estar rigurosamente fundamentada, y motivada en graves y poderosas razones de interés público que justifiquen el sacrificio del derecho y la prevalencia del interés común. pero en ningún caso -como razona la sentencia impugnada- podrá dejarse la restricción del derecho fundamental al arbitrio de un particular y menos aún cuando se dirige a la satisfacción de un interés privado.

Esta realidad consagrada en el art. 18 CE tiene su correspondiente reflejo en el art. 197 CP donde el sujeto activo del tipo es "el que" realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquier persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es "otro", quien quiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código Penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el art. 497 CP de 1973. todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absoluta o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría a la esposa del acusado, sino también a los interlocutores de ésta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado. Queremos decir con esto que el incumplimiento -real o sospechado- por una de las partes de las obligaciones derivadas de la relación matrimonial, tendrá las consecuencias establecidas por el Ordenamiento Jurídico en las disposiciones de distinta naturaleza que regulan esa institución, pero, en absoluto, la infracción de tales obligaciones habilitan a la parte perjudicada para la comisión de acciones tipificadas como delito por la Ley Penal ni, desde luego, es motivo de exoneración o de exención de la responsabilidad criminal que la comisión de todo delito acarrea, a salvo, naturalmente, de la eventual concurrencia de alguna de las tasadas causas que el legislador ha establecido a tales efectos y que, en todo caso, habrán de ser debida y cumplidamente probadas.

TERCERO.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del art. 849.2º LECrim por error de hecho en la apreciación de la prueba. Sostiene el recurrente que el Tribunal sentenciador ha valorado erróneamente los elementos probatorios que acreditan que el acusado desconocía la ilegalidad de su actuación, lo cual determina la concurrencia del error de prohibición invencible.

El motivo debe ser desestimado por distintas razones. En primer lugar, porque el requisito esencial e inexcusable para el éxito de esta clase de motivo casacional consiste en que la equivocación que se denuncia venga acreditada por una genuina y auténtica prueba documental y no por otro medio, siendo incesante y pacífica la doctrina de esta Sala al sostener que no revisten el carácter de "documento" a efectos del art. 849.2º LECrim las declaraciones o manifestaciones de acusados, coacusados o testigos, que son pruebas de naturaleza personal aunque figuren documentadas en las actuaciones de una u otra forma, y, por no tener la condición de prueba documental, la valoración de esas manifestaciones o declaraciones corresponde en exclusiva al Tribunal sentenciador con la soberana libertad de criterio que le asigna el art. 741 LECrim.

Pues bien, el motivo designa como documentos las declaraciones prestadas

por el acusado ante el Juez de Instrucción y en el acto del Juicio Oral, y el escrito de la demanda de separación matrimonial, siendo así que ni uno ni otro son pruebas documentales como las que exige el art. 849.2º citado, sino meras manifestaciones formuladas por la persona que firma el soporte material que las contiene, razón suficiente para rechazar el reproche.

Pero, además, ocurre que los sedicentes "documentos" que señala el recurrente carecen del requisito de literosuficiencia, es decir, que su contenido demuestre de manera inequívoca, definitiva e incontestable el error que se atribuye al juzgador, puesto que tanto las declaraciones prestadas en fase sumarial como las efectuadas en plenario y el escrito de demanda de separación a que se refiere el motivo no acreditan del modo indubitado exigido que el acusado no tuviera conciencia de lo ilícito de su proceder, ni ofrecen elementos indiciarios suficientes que puedan fundamentar el error de prohibición que se postula, máxime si tenemos en cuenta los contundentes razonamientos de la sentencia impugnada a este respecto, cuando rechaza la explicación del acusado de que, después de efectuar las grabaciones, consultó con su abogada (lo que ya revela una significativa duda incompatible con el error invencible), quien le manifestó que las grabaciones efectuadas en el propio domicilio no constituían ningún ilícito, subrayando el Tribunal, por un lado, que ese supuesto asesoramiento habría tenido lugar después del hecho, es decir, una vez consumada la infracción criminal, sin haber acudido antes a los medios adecuados a su alcance facilitadores del conocimiento y trascendencia de su acción y, por otro, que no se ha probado tal consulta al no haberse siquiera solicitado como testigo a la abogada, que fácilmente hubiera podido confirmar la alegación del acusado. Además de ello, el Tribunal destaca el testimonio en la Vista Oral del detective designado por el acusado, quien manifestó no haber tenido conocimiento de las grabaciones realizadas por aquél, lo que claramente indica "que el acusado era consciente de la irregularidad de esas grabaciones, ya que, en caso contrario, habría puesto al corriente de las mismas al detective, encargado precisamente de confirmar el contenido de las conversaciones..." (fundamento jurídico tercero).

En definitiva, el reproche casacional carece de eficacia para modificar el "factum" de la sentencia en el sentido pretendido por el recurrente, lo que conlleva la imposibilidad legal de acoger la concurrencia del error invencible de prohibición que se postula, pues es doctrina reiterada de esta Sala que su aplicación al caso concreto debe partir del hecho declarado probado en la sentencia de instancia, y que para excluir el error, resulta suficiente con que pueda racionalmente inferirse que el agente tenía conciencia de una alta probabilidad de la ilicitud de su conducta, extremo este que la sentencia estima concurrente por la formación y cultura general del acusado, deducible de su titulación universitaria (véase STS de 5 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1952]). En el caso de autos, ni el error ha sido probado por quien lo alega, razón por la cual el "factum" de la sentencia se encuentra huérfano de datos que permitan apreciar su concurrencia una vez rechazado el presente motivo (véanse SSTS de 30 de enero de 1996 [RJ 1996, 190], 10 [RJ 1995, 1828] y 13 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1839], 24 de mayo de 1996 [RJ 1996, 4089], entre otras), ni puede oponerse reparo alguno al juicio de inferencia de su inexistencia efectuado por el juzgador de instancia que se justifica de manera razonable y razonada en la sentencia recurrida a partir de una valoración lógica y racional de la prueba practicada. El motivo, pues, debe ser desestimado.

CUARTO.- El último motivo denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Sin embargo, la única alusión que

se aprecia en el desarrollo del reproche a la infracción constitucional invocada es que "existen suficientes elementos que pueden llevarnos a considerar que el acusado es inocente; que jamás estuvo en su ánimo delinquir", pero sin que, tras esta retórica afirmación, se argumente en lo más mínimo sobre la inexistencia o invalidez de la prueba de cargo practicada en la instancia que fundamenta la convicción del Tribunal "a quo" de la realidad del hecho y de la participación del acusado en el mismo, que es el ámbito propio de la presunción de inocencia que no incluye cuestiones como la calificación jurídica de los hechos, los juicios de valor sobre la culpabilidad del agente o la antijuridicidad de la acción (véase, por todas, STS de 14 de junio de 1999 [RJ 1999, 5675]). Por el contrario, todo el esfuerzo dialéctico del recurrente se concentra en reseñar el tratamiento que de la sentencia de instancia se dio en diversos medios de comunicación social "en clave de humor y sorpresa" por el fallo condenatorio de aquélla, lo que demuestra -alega el motivo- que "el ciudadano medio" no considera delictiva la acción del acusado, concluyendo que el principio de intervención mínima del derecho penal determinaría la absolución del acusado por cuanto la acción de éste no excede de una simple "indiscreción".

Reiterando la absoluta carencia de argumentos que sostengan la denunciada vulneración de la presunción de inocencia, baste significar que la definición de una conducta como constitutiva de delito y no como simple indiscreción por el componente de antijuridicidad que aquélla conlleva, corresponde al poder legislativo del Estado a través de los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quien también determina los límites del principio de intervención mínima del derecho punitivo, por lo que la alusión al pretendido "ciudadano medio" que discrepa de la voluntad del legislador resulta, cuanto menos, tan inapropiada como inocua.

El motivo, y con él el recurso en su integridad, deben ser desestimados.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TS, DE 14 DE MAYO

La sentencia que ahora comentamos aborda -satisfactoriamente, como veremos- un supuesto de hecho en el que un marido, para comprobar una supuesta infidelidad de la esposa, instala un mecanismo que le permite interceptar y grabar las conversaciones telefónicas que tienen lugar desde el aparato situado en el domicilio conyugal.

La situación de partida, si bien pudiera parecer hasta cierto punto anecdótica, pone de manifiesto, sin embargo, un problema jurídico de primera magnitud, como es el de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones particulares, y más concretamente, en el espacio constituido por las relaciones familiares. Nos cuestionamos aquí, pues, en qué medida el matrimonio incide en el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales de la persona casada. Como es sabido, la Constitución protege a modo de derecho fundamental tanto la intimidad (art. 18.1 CE), como el secreto de las comunicaciones (art. 18.3). La defensa postula, sin embargo, que ambos derechos carecen de eficacia en el ámbito de las relaciones matrimoniales, que implicarían así, en sí mismas consideradas, una especie de renuncia a los mismos.

La posición de la defensa es, sin embargo, insostenible. Los derechos fundamentales vinculan, no sólo a los poderes

públicos, sino también a los particulares, y así lo expresa de manera taxativa para el derecho a la intimidad las SSTC 151/1997 (f.j. 5) y 134/1999 (f.j. 5), entre otras. En la medida en que el art. 9.1 CE establece que "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", y los preceptos constitucionales que recogen los mencionados derechos no disponen al respecto restricción alguna en cuanto a su alcance, éstos se proyectan en toda la extensión que permita su definición también sobre el ámbito familiar.

Cuando se intenta reducir el alcance de los derechos en juego -intimidad y secreto de las comunicaciones- sobre la base del deber de fidelidad que el art. 68 del Código Civil impone a los cónyuges, se está, en realidad, haciendo mal uso de una teoría institucional de los derechos fundamentales erróneamente interpretada. En efecto, la citada teoría nos pone de manifiesto la doble vertiente -objetiva y subjetiva- de estos derechos; destaca la importancia de la labor legislativa en torno a los derechos fundamentales, y explica cómo su desenvolvimiento efectivo se realiza en el marco de una institución jurídicamente configurada. No obstante, a partir de estas premisas, y por lo que respecta al supuesto que nos ocupa, no se puede deducir que el ejercicio de los derechos fundamentales deba insertarse en los estrechos márgenes constituidos por las normas legales que regulan la institución matrimonial, a las que se dotaría así de fuerza suficiente para condicionar todo su desenvolvimiento. Por el contrario, dado el carácter supremo de la Constitución, es la actividad legislativa la que debe respetar las normas iusfundamentales, y es el intérprete jurídico quien ha de hacer valer -como sucede en el caso de la sentencia que comentamos- dicha supremacía.

Resulta evidente que el matrimonio condiciona, por su propio significado, el espacio material sobre el que se proyecta la intimidad de cada uno de los cónyuges. Pero esto -que es una consecuencia fáctica de la convivencia- no debe llevarnos a afirmar una supuesta pérdida de vigencia del derecho fundamental a la intimidad personal. La aparición de la vertiente familiar de la intimidad no supone, por tanto, la desaparición del aspecto individual del derecho. Como ha afirmado el TC en numerosas ocasiones "La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad" (STC 292/2000, f.j. 6). Lejos de reconocerse en la jurisprudencia constitucional ese efecto de absorción de la intimidad familiar respecto de la personal, el TC otorga a aquélla más bien un carácter acumulativo, de ampliación, en relación con ésta. De este modo, afirma que "el derecho a la intimidad se extiende también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo fami-

liar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen. No cabe duda de que ciertos sucesos que pueden afectar a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe, al respecto, un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido" (STC 134/1999, f.j. 5, con cita de otras resoluciones).

Lo dicho sobre la intimidad resulta perfectamente trasladable al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que no es en realidad sino una de las "manifestaciones fenoménicas" de la anterior, expresamente recogida por la Constitución (STC 34/1996, f.j. 4). Con él se pretende garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma, con una eficacia que, como el propio Tribunal Constitucional señala, es erga omnes. Por lo demás, el art. 18.3 CE, en el que se protege este derecho, no permite otra excepción que la que viene originada por una

resolución judicial. Una intervención de las comunicaciones sólo es posible, como indica el TC, si está legalmente prevista con suficiente precisión, si se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso y si se ejecuta con estricta observancia del principio de proporcionalidad (STC 122/2000, f.j. 3 y ATC 40/2001, f.j. 2, entre otras), condiciones que, como es evidente, no se cumplen aquí.

En definitiva, tanto la intimidad como el secreto de las comunicaciones son protegidos iusfundamentalmente por la Constitución con efectos frente a todos, esto es, poderes públicos y particulares. El matrimonio no hace desaparecer los derechos fundamentales de ninguno de los cónyuges, ni obliga a sacrificar en contra de la voluntad de cualquiera de ellos la intimidad personal en beneficio de una supuesta intimidad familiar capaz de justificar intromisiones ilícitas en esferas que se desea mantener al margen del conocimiento de otras personas. Todo ello permite que sean aquí aplicables las normas penales dispuestas con carácter general para la protección de los derechos fundamentales en juego.(RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ).

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID,
DE 18 DE MAYO DE 2000. DESPIDO POR RENFE DE TRABAJADORA EMBARAZADA.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STSJ DE MADRID, SALA DE LO SOCIAL

PONENTE: D. ENRIQUE JUANES FRAGA

PRIMERO. Recurre en suplicación la demandante contra la sentencia de instancia, desestimatoria de su demanda de despido. El primer motivo se formula al amparo del art. 191.b) de la L.P.L., para que se rectifique el hecho probado tercero, en cuanto a la fecha de inicio del contrato que vinculó a las partes, que es la de 11 de Julio de 1.999 y no la de 11 de Agosto del mismo año. Así consta en el contrato y el hecho no ha sido controvertido, por lo que debe corregirse lo que no es sino un mero error material de la sentencia.

SEGUNDO. El segundo motivo tiene amparo también en el art. 191 b) de la L.P.L., y en él se solicita la revisión del hecho probado cuarto, para que se incluya un párrafo del siguiente tenor:

"Queda acreditado que la empresa no disponía de medios de protección adecuados para la prestación del trabajo, por ejemplo, para subir a los trenes desde la vía".

La recurrente cita como documento en que se sustenta el motivo, el propio contrato, del que no puede deducirse lo alegado; y por otra parte no deben incluirse aseveraciones de signo negativo en la relación fáctica de la sentencia, por cuyas razones no puede estimarse el motivo. Cabe indicar, no obstante, que la inexistencia de medios auxiliares para subir a los trenes -prescindiendo del cariz jurídico de la expresión "medios adecuados de protección" -utilizada por la recurrente- es un dato que se halla implícitamente en la sentencia, pues en el hecho probado 4º y en el fundamento jurídico 2º A" se expresa que las trabajadoras han de realizar esfuerzo físico al subir los cubos de agua desde las vías hasta los trenes, los cuales muchas veces no se encuentran detenidos en los andenes.

TERCERO. En los motivos tercero y cuarto, igualmente amparados en el art. 191 b) de la L.P.L., se solicita la revisión de los hechos probados quinto y octavo, respectivamente. El propósito de la recurrente es que se declare que la actora estaba embarazada, al comienzo de 1 contrato, de 19 semanas en lugar de las 24 que dice la sentencia, y en el momento de causar baja médica por amenaza de aborto, de 22 semanas en vez de las 27 que señala la sentencia.

El motivo no puede estimarse porque, aunque ciertamente el contenido del folio 26, -informe de urgencias del Hospital Clínico- da pie para sostener la tesis del recurso, por el contrario el folio 47 -parte de baja- coincide con los datos que refleja la sentencia, y es sabido que en caso de discrepancias en la prueba documental no puede apreciarse un error evidente, correspondiendo la valoración al juzgador de instancia y no al recurrente.

CUARTO. Los motivos quinto y sexto se amparan en el art. 191 c) de la L.P.L. y pueden examinarse conjuntamente, dada su unidad temática. Se alega en ellos la infracción de los arts. 26 y 29 apartados 1 y 2. de la Ley 31/95 de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y del art. 14 de la Constitución en relación con los arts. 17, 53.4 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia de instancia declara en su hecho probado noveno que "al entregar el parte de baja médica, la actora informó a la empresa, por primera vez que estaba embarazada. Al tener conocimiento de este embarazo de alto riesgo, y con base precisamente en ese motivo, la empresa decidió rescindir el contrato de trabajo con efectos de 4-8-99 por no superación del período de prueba". En el fundamento jurídico segundo D), reitera que, según admitió la empresa en el acto del juicio, "tomaron la decisión de rescindir el contrato sabiendo que la trabajadora estaba embarazada, y que este embarazo determinó la decisión".

Pese a reconocer que el embarazo no puede motivar esa decisión, pues ello supondría dar un trato discriminatorio a la mujer trabajadora, conculcando el art. 14 de la Constitución, la sentencia llega a la conclusión de que en este caso concurren, una serie de circunstancias que desestiman la actuación empresarial. En síntesis, expone la sentencia que, tratándose de un trabajo que requiere considerable esfuerzo físico, dado que la empresa había advertido a la trabajadora, sin que ella por su parte hubiera comunicado su embarazo, cabe aceptar la extinción del contrato en período de prueba con base en el hecho del embarazo, por varias razones que la sentencia de instancia desarrolla en su fundamento jurídico tercero: a) el silencio de la trabajadora impidió a la empresa la evaluación del riesgo del trabajo y sus posibles repercusiones en el estado de la trabajadora, siendo obligación de ésta comunicar su estado si las tareas a desarrollar requieren esfuerzo físico; b) la empresa, de haber conocido el embarazo de la actora, podría legítimamente no haberla contratado por este motivo, y por tanto también puede extinguir el contrato de período de prueba: c) la actora faltó a las reglas de la buena fe al no comunicar su embarazo al inicio del contrato, por lo que podría haber sido sancionada, y por ello también se puede extinguir su contrato en período de prueba.

La recurrente discrepa de estas argumentaciones, señalando a su vez la inexistencia de obligación de dar cuenta del embarazo y la previsible consecuencia de no ser contratada si lo hubiera hecho, además de la falta de medios de seguridad -facilitación del acceso a los trenes- tanto para las trabajadoras embarazadas como para las que no lo están. Reitera, en consecuencia, su alegación de discriminación y sostiene la nulidad del despido.

QUINTO. No es preciso insistir en que la resolución del contrato en período de prueba, si se funda precisamente en la condición de gestante de la mujer trabajadora, constituye un despido nulo, por discriminatorio a causa del sexo, pues la libertad reconocida al empresario en el art. 14 del E.T., evidentemente no alcanza la producción de resultados inconstitucionales (SS T.C., 94/84 de 16 de Octubre y 166/88 de 26 de Septiembre). No cabe olvidar que

"la expresada exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los antecedentes parlamentarios del art. 14 de la CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y, promoción dentro del mismo." (STS 66/88 citada)

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

De ahí que no sea posible compartir el criterio de la sentencia de instancia sobre la pretendida licitud de la exclusión de la mujer embarazada por parte de la empresa en el momento de la contratación. La libertad de contratación no ampara la exclusión de la mujer gestante precisamente por causa del embarazo, al igual que ocurre en el momento de extinción del contrato, con análisis del ordenamiento internacional y comunitario, el Tribunal Constitucional ha declarado que "... de los arts. 1.1, 2, apdos. 1 y 3 y 5.1 de la directiva 76/107 CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (sentencia del TJCE 8 de noviembre 1990, asunto Hem), como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada (sentencia de la misma fecha recaída en el asunto Dekker), y la ruptura del contrato ni siquiera puede justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno (sentencia del TJCE 5 de mayo 1.994 asunto Fabermann-Beltermann)."

El Tribunal Constitucional ha establecido que la prohibición de discriminación por razón de sexo constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo, como ocurre cuando se produce la negativa a la contratación de un trabajador o un grupo de trabajadores basada únicamente en la concurrencia de un factor de discriminación (STC 41/99 de 22 de marzo, con cita de la Sentencia 173/94 de 7 junio).

En consecuencia, de haber conocido la empresa el estado de la trabajadora, ello no le hubiera legitimado para rechazar su contratación por este motivo, como se sostiene en la sentencia, ni siquiera teniendo en cuenta los requerimientos de esfuerzo del puesto de trabajo, ni la escasa duración del contrato. Por el contrario, la obligación empresarial en tal caso habría sido la de proceder a la evaluación de los riesgos conforme al art. 26 de la Ley 1/95, adoptando en su caso las medidas necesarias, incluso adaptando las condiciones de trabajo (y parece muy sencillo facilitar la subida a los trenes con una escalera, como bien señala el recurso). Tampoco la breve duración del contrato puede ser un pretexto para dar por buena la decisión empresarial de no contratar, pues el art. 28 de la citada ley establece que los trabajadores temporales deben disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa.

No puede compartirse, por lo expuesto, el criterio de instancia que sostiene que la empresa, de haber conocido el estado de la trabajadora, podría no haberla contratado por ese motivo, ni por tanto es aceptable tampoco su deducción según la cual es válida también la extinción en período de prueba al haber tenido noticia del embarazo.

SEXO.- Queda por examinar si la ocultación del estado de la trabajadora en el momento de la contratación constituyó un incumplimiento sancionable de sus obligaciones, o incluso una actuación de mala fe como se ha afirmado en la sentencia.

Hay que señalar que la Legislación española, incluso la más reciente ley 39/99 de 5 noviembre, no aplicable a este supuesto por ser posterior su entrada en vigor, no ha incluido las definiciones de la Directiva 92/85 CEE del Consejo, relativas a la mujer embarazada en período de lactancia, como la trabajadora que, en esas situaciones, "comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales"

Al omitir esta definición, se ha de entender que el criterio legal es el de no

exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85. El embarazo, por tanto, permanece en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 de la Constitución) en tanto no decida en otro sentido. Consecuencias de ello serán que la protección legal a que se refiere el art. 20 de la ley 31/95, no se active si la trabajadora no comunica su estado -pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso- y que, en caso de desconocimiento real no se pueda exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar.

De lo anterior se deduce que la obligación genérica de los trabajadores de "cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores", establecida en el art. 29.2 6º de la ley 31/95, no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación. No existiendo este deber, no puede hablarse tampoco de un incumplimiento sancionable conforme al art. 29.3 de la citada ley, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora.

Subsiste, por tanto, como único motivo de la extinción en período de prueba el del embarazo de la demandante, sin que el resto de circunstancias concurrentes en el supuesto puedan desvirtuar la calificación de dicho acto como discriminatorio.

SEPTIMO.- Conforme a lo razonado, se ha de declarar la nulidad del despido, a tenor de lo dispuesto en los arts. 55.5 ET y 108.2 LPL, con los efectos de los arts. 55.6 ET y 113 LPL. Ahora bien, tales efectos son limitados en el presente caso, pues la nulidad del despido lleva consigo el restablecimiento de un contrato temporal, eventual por circunstancias de la producción, de licitud no cuestionada en el proceso y cuya vigencia expiraba el 27-9-99. Los efectos de la readmisión solamente operarían desde el despido, 4-8-99, al vencimiento del contrato, 27-9-99. Pero en este período el contrato ha estado suspendido por incapacidad temporal, por lo que se habría devengado la correspondiente prestación, y no salarios de tramitación. De ahí que la condena deba limitarse a la declaración de nulidad del despido, sin perjuicio de que, si existiera derecho derivado del convenio colectivo aplicable a un complemento de la prestación a cargo de la empresa, pueda ser reclamado, en su caso, en proceso distinto, no habiéndose debatido tal cuestión en estos autos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación FALLAMOS:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de duplicación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 13 de los de Madrid, de fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, en virtud de demanda interpuesta por Dª PILAR MIRANDA DIAZ, contra SELMARS y MINISTERIO FISCAL, en reclamación sobre Despido, y en su virtud, estimando la demanda, declaramos la nulidad del despido de la actora y declaramos que el contrato que vinculaba a las partes ha permanecido vigente, aunque suspendido por incapacidad temporal, desde la fecha del despido, 4-8-99, a la de su extinción el 27-9-99.

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID, DE 18 DE MAYO DE 2000

En esta Sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve sobre un supuesto de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, estimando el recurso de suplicación interpuesto por una mujer embarazada trabajadora de Renfe, con contrato en periodo de prueba, contra la sentencia de instancia que resolvía la conformidad a derecho de la extinción del contrato. Se declara en ella la nulidad del despido por considerar que el único motivo de la extinción en periodo de prueba del contrato ha sido precisamente el embarazo de la reclamante, lo que supone a todas luces un acto discriminatorio radicalmente proscrito por la Constitución en su artículo 14, y sancionado en consecuencia con la nulidad por la legislación aplicable al efecto (arts. 17 y 55.5 ET y 108.2 LPL).

Los antecedentes más relevantes que presenta este caso, pueden ser resumidos de la siguiente forma: Renfe, al tener conocimiento por el parte de baja médica del embarazo de la reclamante, decidió rescindir su contrato de trabajo en periodo de prueba, admitiendo la empresa que éste fue el motivo determinante de tal decisión. La sentencia de instancia, no obstante la evidente e inmediata conculcación del artículo 14 de la Constitución que tal medida implicaba, entra a analizar una serie de circunstancias concurrentes que eventualmente pudieran avalar la actuación empresarial. De esta manera entiende, por un lado, que el silencio de la trabajadora, al no comunicar inicialmente a la empresa su embarazo, como era su deber, impidió a ésta evaluar el riesgo y las repercusiones en su salud; por otro, que la empresa, de haber conocido la situación de embarazo, hubiera podido, legítimamente, no haberla contratado; y, finalmente, que procediendo así, la actora faltó a las reglas de la buena fe. Por el contrario, la recurrente alega la inexistencia de la obligación dar cuenta del embarazo y anuda a esta circunstancia la previsibilidad de la consecuencia de no haber sido en ese caso contratada, sosteniendo la discriminación por razón de sexo y, por tanto, la nulidad del despido.

La argumentación jurídica de la Sentencia que comentamos y la decisión que incorpora merece un juicio muy positivo por insertarse plenamente en la línea doctrinal constitucionalmente correcta de la radical proscripción de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 14 de la Constitución española, considerado a la luz de lo dispuesto en el artículo 9.2, que obliga a entender en supuestos como el presente que la libertad de contratación no ampara la exclusión de la mujer gestante, ni tampoco, por las mismas razones, la extinción del contrato puede fundamentarse en esta causa (SSTC 173/1994 y 41/1999). Es claro que en el presente supuesto la decisión del empresario luce como un acto ilegítimamente fundamentado en una circunstancia de exclusión que puede operar genéricamente contra todas las

mujeres embarazadas, en notoria contradicción con la protección que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico brindan al embarazo, a la maternidad, a la familia y al acceso y mantenimiento de la mujer en un puesto de trabajo, de acuerdo con la doctrina de la no discriminación por razón de sexo. Del mismo modo, resulta ciertamente sorprendente que ante una contravención de esta entidad y naturaleza, el Juzgado de lo Social, frente al hecho probado de que éste fue el único criterio que sustentó la decisión del empresario, argumente desde presupuestos interpretativos contrarios al amparo de quien está en la posición de mayor debilidad. Debe resaltarse, por el contrario, que en estos casos no solo se estaría utilizando como fundamento una causa de diferenciación completamente odiosa para un Estado democrático y social de Derecho como el que sustenta nuestra Constitución (y, por tanto, se estaría actuando frontalmente contra del orden público constitucional), sino que se estaría imposibilitando el efecto de remoción de los obstáculos históricos que impiden acabar con la situación de inferioridad que la mujer padece estructuralmente en nuestras sociedades en el ámbito social y laboral, como consecuencia de su propia condición femenina. En el mismo sentido cabe invocar la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de la que se hace eco la Sentencia (S. de 5 de mayo de 1994, asunto Fabermann-Bertelmann, pero pueden citarse otros casos como las de 8 de noviembre de 1990, caso Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund, y de 14 de julio de 1994, caso Webb, así como las más recientes y posteriores a esta decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se comentan en este número de la Revista, ambas de 4 de octubre de 2001, caso Tele Danmark y caso M. L. Jiménez Melgar). En los supuestos en los que la empresa conoce la situación de embarazo, ello no la legitima para rechazar la contratación de la mujer en ese estado, sino que del principio de igualdad y no discriminación se infiere la necesidad de acudir a un principio de concordancia práctica de los bienes jurídicos e intereses en presencia, cual es proceder a evaluar los riesgos de esa situación (conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995) y a tomar las medidas de adaptación necesarias, sin que la alegación de la brevedad del contrato pueda servir para relajar estas exigencias.

Tampoco se acoge en la Sentencia la conclusión del juzgador de instancia sobre la actuación de mala fe de la actora al no comunicar al empresario su estado, utilizando un razonamiento que debe ser destacado porque actúa también subrayando el mayor valor y el efecto expansivo de los derechos fundamentales, principio dogmático que debe ser acogido y resaltado en un Estado social y democrático de Derecho avanzado como el nuestro: se trata del recurso que hace la sentencia a considerar que el embarazo integra un ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora, amparado por tanto por el artículo 18.1 de la Constitución,

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

por lo que ésta puede libremente decidir sobre tal comunicación, si bien en caso de no poner en conocimiento del empresario su estado no podrá lógicamente pretender (salvo que su estado de embarazo sea notorio) exigencias de responsabilidades al empresario que pudieran derivarse de la no adopción por su parte de medidas específicas de prevención y protección por aquella causa. A estos efectos, entiende el Tribunal que la obligación genérica de coopera-

ción establecida en el artículo 29.2 6º de la Ley 31/1995 no puede interpretarse que exija el cumplimiento de un deber de información específico sobre el estado de embarazo que pueda integrar la consideración de la existencia de un incumplimiento sancionable o de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora (MANUELA MORENO MORENO, LETRADA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE GRANADA).

SENTENCIA NÚM. 414/01 DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 6 DE SEVILLA, DE 11 DE OCTUBRE DE 2001. DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES.

Ilma. Sra. Da Rosario Marcos Martín

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Antes de hacer cualquier disquisición de tipo teórico sobre el contenido del art. 153 del Código Penal y de analizar las pruebas practicadas en orden a ver si en la conducta del acusado concurren los requisitos que lo conforman, conviene especificar cuales son las líneas que delimitan lo que ha de ser objeto de enjuiciamiento, como ya hizo el Ministerio Fiscal en su informe intuyendo, sin duda, cual iba a ser la línea argumental de la Defensa, porque, en efecto, ésta sostiene y así lo hizo ver cuando se le concedió la palabra para que informara en defensa de sus conclusiones, que el acusado viene acusado por tres hechos puntuales, concretos, descritos en la conclusión primera de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de la Acusación particular, ocurridos el 28 de Octubre de 1999, 11 de Enero de 2000 y 19 de Enero de 2000, hechos, que según él, en absoluto tienen significación jurídico penal y menos, para integrar un delito de maltrato habitual familiar o un delito contra la integridad moral. Según dicha parte, la que resuelve ha de circunscribirse a valorar si esos tres hechos han sido cometidos por el acusado y, caso de serlo, si merecen un reproche jurídico penal, porque todo lo que sea ir más allá supondría una flagrante vulneración del principio acusatorio causante de manifiesta indefensión para su cliente.

Pues bien, en absoluto podemos estar de acuerdo con tal pretensión que sólo podría sostenerse tras una lectura fraccionada, parcial e incompleta de los escritos de acusación. En efecto, en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal elevado a definitivo en el plenario, en concreto en su primera conclusión, se dice: "El acusado, nacido el 14/10/58, sin antecedentes penales, casado con María

Dolores, de la que en la actualidad se encuentra en trámites de separación, ha venido haciendo a ésta y a sus hijas, en el domicilio familiar, de agresiones, insultos, vejaciones y amenazas de modo sistemático", luego se describen los tres hechos a que alude la Defensa y se termina con un párrafo que literalmente reza: "Los hechos relatados no constituyen, sin embargo, hechos aislados en la conducta del acusado. Con motivo del permanente estado de temor originados por las continuas agresiones y amenazas, la mayor de sus hijas, hubo de abandonar el domicilio familiar, originando en las otras tres idéntica situación de miedo, al haber presenciado directamente agresiones hacia su madre o hermanas; por otro lado, el acusado ha mantenido una constante presión psíquica hacia su esposa a través de diversas conductas autoritarias o violentas, como negarle la facultad de administrar la economía doméstica, viéndose ella obligada a pedirle dinero para sufragar los diversos gastos; empleo de violencia verbal y física; obligarla a mantener relaciones sexuales; trato denigrante, con uso de "castigos", como expulsarla de la vivienda conyugal, incluso desnuda; derrochar su salario en gastos personales, como el alcohol y máquinas tragaperras, sin atender las necesidades de la vida doméstica; acusarla de desequilibrios mentales; desvalorizarla y restringirle su autonomía personal, lo que ha provocado en M^a Dolores una situación grave de sufrimiento emocional, con tendencias auto inculpatorias, estado de ansiedad, baja autoestima, autoimagen negativa y desvalorización."

Es evidente pues, que el acusado, al que se dio traslado de los escritos de acusación, ha sido sometido a juicio, no sólo por tres sucesos puntuales que son denunciados por la víctima cuando ya ha llegado al límite su capacidad de sufrimiento y de disculpa hacia su esposo y ha decidido iniciar trámites judiciales contra él, sino por el trato infligido a M^a Dolores y

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

a sus hijas a lo largo de la vida matrimonial. Ese trato ha sido descrito en los dos escritos de acusación, sobre él se ha interrogado por todas las partes a todos los testigos y al propio acusado en el plenario y sobre él vamos a pronunciarnos sin temor alguno a causar indefensión al acusado.

SEGUNDO: Hechas tales precisiones, pasemos ya al enjuiciamiento del asunto, que nos sitúa de lleno ante un problema tan acuciante, alarmante y presente en la sociedad actual como es el de la violencia doméstica, para combatir y sancionar el cual surge el art. 153 del Código Penal.

Según la redacción actual de dicho precepto: "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 pudieran 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 comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

Para comprender el sentido y el ámbito propio del tipo delictivo contenido en el precepto transcrito, tienen especial trascendencia las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 24 de Junio, 7 de Septiembre y 7 de Julio de 2000. Las dos primeras describen cual es el bien jurídico protegido por el mismo al decir: "el delito de maltrato familiar del art. 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo CP.

En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título 111 del CP 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 ??art. 10??, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes ??art. 15?? y en el derecho a la seguridad ??art. 17??, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los

hijos del art. 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto repressiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios. Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido en 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 como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes. Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañando el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar".

La última sentencia referenciada de 7 de Julio de 2000 viene a delimitar el concepto de habitualidad indicando al respecto que "es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, 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".

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL DE SEVILLA 414/01, DE 11 DE OCTUBRE DE 2001

En la presente, nos encontramos ante un caso de violencia física y psicológica cometida por el acusado contra su esposa durante la convivencia matrimonial, intensificándose dicho clima violento en el último año de matrimonio. La novedad que presenta esta sentencia condenatoria por

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

un delito incardinable en el art. 153 del CP, es que incluye en el maltrato psicológico, el abuso económico o financiero (el acusado venía haciendo objeto a su esposa de un trato indigno, limitándole los gastos, exigiéndole cuentas rigurosas sobre la economía doméstica, sometiéndola a interrogatorios exhaustivos al respecto), además de hacerla ver que no valía nada, empujándola y expulsándola de casa, lo que provocó en la víctima los síntomas característicos de una mujer maltratada continuamente, por su baja autoestima y el estado de ansiedad que presentaba, llevándola a recibir tratamiento psicológico.

También, resaltamos en tan motivada sentencia, la imposición por la juzgadora de la pena prevista en el art. 153 del CP, en su mitad superior, dada la gravedad de los hechos

enjuiciados, tal y como se recoge en el sexto de los Fundamentos de Derecho; así como la adopción de la pena accesoria prevista en el art. 57 del CP, de prohibición de comunicarse con la esposa y de acercarse a su lugar de residencia durante cinco años.

Por último, señalar, que en la sentencia se dispone deducir testimonio del acta del juicio y de la sentencia al Juzgado Decano para su reparto entre los Juzgados de Instrucción a fin de dilucidar la posible comisión de un delito de falso testimonio por parte de la testigo con quien el acusado mantenía una relación sentimental, sobre los hechos ocurridos el día 19 de Enero de 2001. (MARIA ROSA LASHERAS PICÓN, LETRADA, ASOCIACIÓN DERECHO Y DEMOCRACIA).

SENTENCIA NÚM. 144/01 DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 11 DE SEVILLA, DE 3 DE ABRIL DE 2001. DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES Y DELITO DE LESIÓN PSÍQUICA.

Ilmo. D. Francisco Gutiérrez López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de maltrato habitual del artículo 153 del C.P. Dispone el citado precepto que comete delito de maltrato habitual "El que habitualmente ejerza violencia física 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 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...", sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

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 sobre diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores."

Aún cuando han sido prácticamente unánimes las críticas

sobre la ubicación sistemática del precepto ni resulta pacífica la doctrina sobre cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo penal, lo que resulta esencial a la hora de configurar los elementos del tipo delictivo, la jurisprudencia se ha ido decantando por un bien jurídico mixto, como hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12-2-99, en el que junto a la salud o integridad física de las personas, se tutela también, la pacífica convivencia y armonía en el seno del grupo familiar. Antonio del Moral considera a este respecto que "La reiteración de actividades de violencia, hasta crear una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, se castiga no por lo que comporta de ataque a la incolumidad física, sino por lo que tiene de violación de deberes especiales de respeto al cónyuge y a los hijos y familiares; por lo que supone de afectación del sentimiento de seguridad; por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar: Se trata de valores constitucionales que giran entorno a la necesidad de protección a la familia". En el mismo sentido se decantó la sentencia del TS de 7-9-00.

Partiendo de esta interpretación, y centrándonos en el supuesto enjuiciado, dos son las cuestiones que el juzgador considera deben abordarse para decidir si concurren los elementos del tipo penal enjuiciado: si la relación de noviazgo debe incluirse en el ámbito de protección del precepto y si existe habitualidad.

En primer lugar, el juzgador entiende que para la deter-

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

minación del delito de maltrato habitual deben excluirse los hechos anteriores a la fecha de convivencia, acaecida el 21-8-99.

Aunque ninguna de las partes intervinientes ha profundizado sobre esta cuestión, el juzgador entiende que la relación de noviazgo no debe asimilarse a lo que el precepto penal denomina como persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad.

La jurisprudencia exige que la relación este acompañada de la convivencia. En el presente supuesto se comprueba que las agresiones acaecidas con anterioridad al matrimonio se realizan sin que exista convivencia entre ambos, y en algunos casos, cuando ni siquiera existía relación afectiva porque se habían peleado y habían roto sus relaciones.

En segundo lugar, debe plantearse si existe habitualidad en el maltrato. Deben realizarse las siguientes precisiones al respecto:

- 1.- Para apreciar la habitualidad serán precisos, al menos, dos actos violentos. Pero lo importante, más que el número de actos, es la creación de un clima de violencia permanente sostenida; como dice Antonio del Moral: "Hay que atender a la situación, al contexto, a la persistencia del clima enrarecido de convivencia generado por esos episodios de violencia reiterados que, aunque espaciados, están presentes de una forma latente en todo momento". Si lo que el precepto protege es la pacífica convivencia de la familia, la puesta en peligro por medios violentos de esta situación protegida por la norma constituirá el delito referido. En este sentido la S. del TS de 7-7-00 dice que "... que lo relevante para apreciar la habitualidad, 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".
- 2.- Entre los mismos deben incluirse no sólo los correspondientes a violencia física sino también psíquica.
- 3.- Deben incluirse, también, los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en otros procedimientos.
- 4.- Ha de apreciarse la proximidad temporal de los actos de violencia.

En consecuencia, el juzgador entiende que la conducta del acusado hacia su esposa constituye delito de maltrato habitual porque el clima de violencia existente en la convivencia matrimonial puede calificarse de persistente y continuado y los actos de violencia física y psíquica se realizaron en un breve espacio temporal durante el mes de octubre de 1999. M^a Dolores vivía, ya, atemorizada por las continuas agresiones y vejaciones sufridas con anterioridad al matrimonio, y si bien tales acciones no sirven para calificar el delito de maltrato habitual, sí acreditan el estado emocional de falta de libertad y

temor que tenía cuando contrajo matrimonio. Situación que persistió en el escaso margen temporal que duró la convivencia matrimonial, que el acusado se encargó de mantener y alentar con actos tan lesivos como la agresión del fin de semana anterior al 12 de octubre de 1999; con la escena del disparo, acaecida el 12 de octubre en el domicilio del Cuartel de la Guardia Civil de Tocinas; y con los actos de agresión, insultos y vejación acaecidos del 29 al 31 de octubre de 1999.

TERCERO.- Los hechos son igualmente constitutivos de un delito de lesión psíquica del artículo 147.1º del C.P.

De acuerdo con la jurisprudencia del TS, SS de 27-10-95 y 9-6-98, podemos definir la lesión psíquica como aquel menoscabo de la salud mental que se encuentra por encima de las simples carencias sociales, de meros desajustes afectivos o emocionales, que no requiere ser de carácter permanente, ni es necesario que alcance la gravedad de enfermedad mental pero que precisa, objetivamente, para disminuir o evitar la agravación de los menoscabos psíquicos sufridos, así como para paliar los sufrimientos ligados a tales menoscabos, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, exigiéndose que en todo caso, es necesario una lesión corporal de la que derive luego, como resultado inmediato, el perjuicio de la salud psíquica, produciéndose, como resultado, una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso que transmiten impresiones sensibles; entendiéndose el TS que la ley no exige en modo alguno que dicho menoscabo sea de carácter permanente, por lo que cabe considerar que un menoscabo transitorio de la salud mental es suficiente para configurar la gravedad requerida, sin que sea preciso alcanzar la gravedad de una enfermedad mental, sino sólo una alteración del equilibrio psíquico no irrelevante.

Los trastornos psíquicos que M^a Dolores sufría cuando el 9/11/99 fue reconocida por el médico forense constituyen delito de lesiones por cuanto suponen una verdadera alteración del equilibrio psíquico que conllevan un menoscabo físico de su persona, que precisaba tratamiento médico para su curación. Tratamiento que la denunciante está actualmente recibiendo, consistente en terapia de grupo, como ella misma explicó y que el médico forense consideró adecuado y preciso para este tipo de lesiones. La relación causal entre las lesiones psíquicas sufridas por M^a Dolores y las acciones cometidas por el acusado contra ella se acredita, igualmente, por los informes emitidos por el médico forense, que, descartó que los padecimientos tuviesen su origen en otros actos que no fuesen los realizados por el acusado contra M^a Dolores; llegando a precisar que ninguna relación guardaban padecimientos psicológicos anteriores que M^a Dolores pudiera haber sufrido con la situación de estrés postraumática y angustia que vivía M^a Dolores.

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL JUZGADO
DE LO PENAL DE SEVILLA 144/01,
DE 3 DE ABRIL DE 2001**

Esta sentencia aborda no sólo el delito de maltrato habitual contra la mujer en el ámbito doméstico del artículo 153 del Código Penal sino, también, el delito de lesión psíquica previsto en el artículo 147.1 del CP.

El artículo 147.1 del CP dispone: "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico".

Tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal calificaron los hechos como constitutivos de un delito de maltrato habitual y otro delito de lesión psíquica, lo que permitió al Juez, una vez comprobado los hechos, condenar al acusado por ambos delitos.

En el plenario demostraron que el acusado, de profesión Guardia Civil, venía maltratando física y psíquicamente a su esposa durante los tres meses en que duró la convivencia matrimonial, si bien, la víctima ya vivía aterrorizada por las continuas agresiones y vejaciones sufridas durante los dos años de noviazgo previos al matrimonio, lo que acreditaba el estado emocional de falta de libertad y temor que presentaba la víctima cuando contrajo el matrimonio.

Este actuar, continuamente violento del agresor antes y durante de la convivencia matrimonial, provocó en la víctima una lesión de stirpe psiquiátrico, no psicológico, por síndrome de estrés postraumático intenso, angustia vital y ansiedad extrema con riesgo de suicidio, precisando medicación y tratamiento médico para su curación. La condena por el tipo penal del art. 147.1 del CP fue posible al demostrar la relación causal existente entre la lesión psíquica sufrida por la víctima y los malos tratos reiterados ejercidos por el acusado contra su esposa, descartándose en el juicio oral que la lesión psíquica sufrida tuviera causa en otros actos ajenos al comportamiento del agresor o a problemas psicológicos a causa de un accidente de tráfico que sufrió la lesionada con anterioridad a estos hechos, línea que defendió la defensa del acusado y que fue absolutamente rechazada.

Otra novedad que presenta esta sentencia en relación con el artículo 57 del CP, es que el Juzgador aplica la pena accesoria prevista en este artículo en orden a proteger a la víctima del delito y a sus familiares, concretamente dispone la sentencia en sus fundamentos de derecho noveno: "en aplicación del art. 57 del CP, vista la profesión del acusado, su peligrosidad pues dispone de armas de fuego y ha llegado a proferir expresiones preocupantes contra la integridad de la familia de la perjudicada, y con la finalidad de proteger a la víctima y su entorno familiar, y permitir a la víctima recuperar una vida de normalidad superando las lesiones sufridas, procede imponer al acusado la prohibición de que durante cinco años el acusado se aproxime o comunique con la víctima, con sus padres y hermanos, ni de que se aproxime al lugar donde estos residan ahora o en el futuro." Otro aspecto a resaltar del contenido de la sentencia es que el Juez procedió deducir testimonio al Juzgado de Instrucción por si la declaración de un testigo, agente de la Guardia Civil, compañero y vecino del acusado, pudiera constituir delito de falso testimonio del art. 458 del CP (...). "No entiende el juzgador como un agente de la Guardia Civil, que por su profesión conoce la trascendencia de su testimonio, pueda atreverse a introducir ex novo en el debate un hecho tan relevante como poco contrastado pues nadie, ni siquiera el acusado, durante la tramitación del procedimiento ni durante el juicio oral, declaró nada sobre este hecho, lógicamente, podría corroborar hipotéticamente la versión exculpatoria del acusado o poner en duda la versión acusatoria de la perjudicada".

Por último, resaltar de tan brillante sentencia, que en el fallo de la misma, el juzgador ordenó se pusiera en inmediato conocimiento, y antes de la firmeza de la presente sentencia, de la Dirección General de la Guardia Civil los hechos acaecidos el 12 de octubre de 1999 en el Cuartel de la Guardia Civil, relatados en el apartado 14 del Fundamento Jurídico Primero de la sentencia, por si pudieran derivarse responsabilidades disciplinarias.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia nº 310/01, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado, confirmando la sentencia de fecha 3 de Abril de 2001 del Juzgado de lo Penal Nº 11 de Sevilla. (M^a ROSA LASHERAS PICÓN, LETRADA, ASOCIACIÓN DERECHO Y DEMOCRACIA).

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 136/2001, de 18 de junio. Inexistencia de acoso sexual en el trabajo. Establece el TC que, en los casos en los que se alegue que un despido es discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales del trabajador, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción contraria a su legitimidad deducible claramente de las circunstancias. Ahora bien, para imponer al empresario la carga probatoria descrita, no basta la mera afirmación de discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que es necesario que quien afirme tal vulneración, acredite la existencia de indicios que establezcan la probabilidad de la lesión alegada. En esta ocasión, la distancia en el tiempo desde que comenzó a sufrir los actos de acoso hasta que acudió a consulta médica relatando el sentimiento subjetivo de sentirse acosada; las precauciones con que la facultativa emitió su informe y el hecho de que la crisis de ansiedad se detectase después de acaecido el despido y, por tanto, cuando el presunto acoso había cesado, son indicios considerados insuficientes para afirmar las exigencias de objetividad y gravedad requeridas para apreciar la existencia de acoso sexual. Por esta razón, el TC desestima el Recurso de amparo.

STC 200/2001, de 4 de octubre, vulneración del derecho a la igualdad de los hijos ante la ley. El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad del requisito previsto en el art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/19987, de 30 de abril, que establecía que el adoptante hubiera sobrevivido al menos dos años desde la fecha de adopción para que el hijo adoptado pudiera percibir la pensión de orfandad.

STC 207/2001, de 22 de octubre, inexistencia de acoso sexual en el trabajo. El Tribunal Constitucional desestima el amparo solicitado por una trabajadora frente a las resoluciones judiciales que no reconocieron el acoso sexual alegado por la recurrente, argumentando que no se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al no quedar acreditada la autoría de los escritos groseros.

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 21 de febrero de 2001, Sala Penal. Diferencias existentes entre delito de agresión sexual y falta de vejaciones. El TS acota el terreno de la agresión sexual frente a la simple falta de vejaciones. El TS analiza la conducta del imputado y observa tanto la concurrencia de un comportamiento violento o intimidatorio cuanto un propósito lúbrico impulsor de la acción del agente dirigido a satisfacer los apetitos sexuales de éste. El delito de agresión sexual quedará consumado cuando con desprecio hacia el personalísimo derecho a decidir se ataca la libertad sexual de otro, imponiéndole por las vías de hecho o por la coerción psíquica actos o comportamientos de aquella naturaleza, que es lo que ocurre en el caso de autos. No cabe aceptar la pretensión de que se califiquen los hechos como simples faltas del art. 620 CP, pues, dada la insoslayable concurrencia del ánimo libidinoso, así como el inequívoco ataque a la libertad sexual, sometiendo a la víctima mediante la fuerza psíquica o la intimidación a soportar los actos lúbricos del procesado, la subsunción jurídica realizada es plenamente acorde con la ley.

STS de 16 de abril de 2001, Sala Penal. Delito de abusos sexuales. El TS confirma la sentencia por la que se condenaba al recurrente como autor de un delito de abusos sexuales no consentidos con prevalimiento de una situación de superioridad. La víctima padecía una parálisis cerebral infantil y era sordomuda casi total, circunstancias que si bien no la incapacitan totalmente, sin duda alguna reducen su libertad de decisión. De ello se aprovechó el culpable para realizar los abusos sexuales, por lo que el TS confirma la sentencia dictada con anterioridad.

STS de 18 de abril de 2001, Sala Penal. Delito de agresión sexual. El TS analiza los requisitos necesarios para que exista el delito de agresión sexual tipificado en el art. 178 CE ("El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual ...") y confirma cómo la dinámica comisiva de este delito es variadísima, aunque normalmente consista en unos tocamientos impúdicos o contactos corporales sin ánimo de yacimiento, siendo indiferente el sexo tanto del sujeto activo como pasivo, así como que los tocamientos se realicen por encima o por debajo de la ropa de la víctima.

NOTICIAS

- El 1 de marzo de 2001 entró en vigor el Reglamento Comunitario núm. 1347/2000, de 29 de mayo, del Consejo sobre Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

- El 31 de mayo de 2001 entró en vigor el Reglamento Comunitario núm. 1348/2000, de 29 de mayo, del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

- El 14 de julio de 2001, el DOCE C 199/01, publica la Resolución del Consejo sobre las mujeres y la ciencia.

- El 20 de septiembre de 2001 el Parlamento Europeo aprobó una propuesta de Resolución en la que se defiende la igualdad salarial entre hombres y mujeres, instando a la Comisión a que tome en consideración esta realidad ya que persiste la discriminación salarial pese a las iniciativas adoptadas hasta ahora.

- El 31 de octubre de 2001 se publica en el DOCE C 307/5, la Posición común núm. 32/2001 aprobada por el Consejo el 23 de julio de 2001, con vistas a la modificación de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad, 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.

- En el número anterior de la Revista art. 14, incluíamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2001, en la que se obligaba a la Comunidad de Pescadores de El Palmar (Valencia), a admitir a las mujeres en al misma, por considerar que su no admisión en la Comunidad de Pescadores era una discriminación por razón de sexo, frente a esta resolución la Comunidad presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que a principios de octubre mediante Auto ha inadmitido a tramite dicho recurso al considerar que una asociación privada no puede lesionar el derecho fundamental a la igualdad, en consecuencia gana firmeza la Sentencia del Tribunal Supremo y procede su ejecución que corresponde al órgano jurisdiccional que conoció en Primera Instancia, y al que corresponde requerir al presidente de la Comunidad de Pescadores para que cumpla el fallo e incluya a las mujeres en la misma.

- El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona ha dictado recientemente una sentencia en la que advierte que el Código Penal no castiga la violencia doméstica cuando se ejerce contra la ex cónyuge porque falta el requisito de la convivencia conjunta que fija la ley, por lo que considera que lo más justo hubiera sido incluir este supuesto, bastante frecuente en la práctica, en el delito de maltrato habitual tipificado en el art. 173 CP.

- El 6 de noviembre de 2001 el Consejo de Gobierno aprobó el Plan de Acción del Gobierno Andaluz contra la Violencia hacia las mujeres (2001-2004).

Instituto Andaluz de la Mujer

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

Teléfono de Información a la Mujer

900 200 999