

# ARTICULO

# 14

---

## UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

---

NÚM. 7 • SEPTIEMBRE DE 2001

### DOCTRINA

- ¿La Jurisdicción Civil es una alternativa efectiva para combatir la violencia domestica?

### LEGISLACIÓN

- El impacto de género y la progresión en la igualdad.
- Prevención de malos tratos y protección a las mujeres maltratadas

### JURISPRUDENCIA

- Igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo.
- Protección de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva de una mujer casada e incapacitada.
- Delito de acoso sexual.
- Reducción de jornada por maternidad. Concreción horaria y cambio de turno.
- Negativa a admitir a mujeres como miembros de una comunidad de pescadores
- No inclusión de candidata cualificada, en situación de baja por maternidad, en proceso de selección para cubrir un puesto de trabajo.

**Boletín de Información  
y Análisis Jurídico**

**Instituto Andaluz de la Mujer**



JUNTA DE ANDALUCIA

# 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

¿La Jurisdicción Civil es una Alternativa para Combatir  
la violencia doméstica?  
María Durán Febrer  
*Abogada. Presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS* ..... 4

### LEGISLACIÓN

Ley 4/2001, de 9 de abril, de modificación del apartado 2 del artículo 63  
de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, procedimiento y régimen jurídico  
de la Administración de la Generalidad de Cataluña ..... 15  
Ley 5/2001, de 17 de mayo de 2001, de Prevención de Malos Tratos y de  
Protección a las Mujeres Maltratadas, de Castilla-La Mancha ..... 16

### JURISPRUDENCIA • TJCE •

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala Sexta),  
de 7 de diciembre de 2000. Igualdad de Trato entre hombres y Mujeres ..... 20

### JURISPRUDENCIA • TC •

Sentencia del Tribunal Constitucional número 311, de 18 de diciembre  
de 2000. Protección de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial  
efectiva de una mujer casada e incapacitada ..... 26  
Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2001, de 29 de enero.  
Discriminación por Razón de Sexo en el cese anticipado de Funcionaria  
Interina encontrándose ésta disfrutando de un Permiso por Maternidad ..... 33

### JURISPRUDENCIA • TS •

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2000.  
Delito de Acoso Sexual ..... 38  
Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2000.  
Reducción de Jornada por Maternidad.  
Concreción Horaria Cambio de Turno ..... 41  
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 93, de 8 de febrero de 2001.  
La Negativa a Admitir a Mujeres como Miembros de una  
Comunidad de Pescadores es Discriminatoria ..... 44

### JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social,  
Sección Quinta, de 23 de abril de 2001 ..... 48  
Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de  
Granada, de 23 de abril de 2001. Discriminación por Razón de Sexo  
al no Incluir a Candidata, en situación de Baja por Maternidad,  
en Proceso de Selección para cubrir un Puesto de Trabajo para el  
que está Plenamente Cualificada ..... 51  
Sentencia de la Excm. Audiencia Provincial de Córdoba,  
de 26 de febrero de 2001 ..... 56

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES ..... 58

NOTICIAS ..... 59

## PRESENTACIÓN

La contribución de las mujeres al progreso y desarrollo de las sociedades es un hecho consolidado, y de ahí la necesidad de continuar avanzando hacia nuestra plena participación en el ámbito laboral, social y político. Del mismo modo, aunque podemos afirmar que tenemos en nuestro país un marco de derecho igualitario, no obstante, este importante avance en la situación de las mujeres no ha garantizado una igualdad real. Efectivamente, las mujeres seguimos encontrando limitaciones que obstaculizan nuestro pleno desarrollo en el ámbito público, entre estas limitaciones, destacamos la vulneración del derecho a disfrutar de un entorno de trabajo respetuoso e igualitario. El acoso sexual y, en este sentido, un contexto laboral hostil es, desgraciadamente, un problema cotidiano para un importante número de mujeres; constituye una manifestación más de la violencia de género que cercena la libertad de las mujeres en la determinación de sus relaciones sexuales y, sin duda, es un ataque al derecho a la dignidad de la persona.

En primer lugar, debemos reconocer que nos encontramos ante un problema complejo, de difícil cuantificación por tratarse de un fenómeno oculto. Por ello, entre las estrategias para avanzar hacia su eliminación, deben encontrarse aquellas que contribuyan a superar la barrera de la invisibilidad de estos comportamientos abusivos de los que forman parte la agresión y el chantaje e intimidación. Igualmente, será preciso actuar sensibilizando para la prevención, perceptibilidad y rechazo ante un ambiente laboral que reafirma estereotipos y prejuicios sexistas, que sin duda favorecen los anteriores comportamientos.

Por otro lado, somos conscientes de las realidades que sufren las víctimas del acoso. El miedo a la pérdida del puesto de trabajo o a las represalias que finalmente conducen a dejar el mismo, es un freno para muchas mujeres a la hora de exteriorizar y buscar ayuda ante este problema; de ahí la importancia de que cuenten con la información y el apoyo adecuados desde los primeros síntomas. Así mismo, la victimización y culpabilización que sufren las mujeres que denuncian el acoso, al igual que en otros tipos de agresiones de género, representan elementos disuasorios en el ejercicio de acciones legales. Se hace necesario, pues, disponer, en esos momentos, del asesoramiento legal especializado que les oriente sobre las estrategias más adecuadas al caso.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la información es el primer eslabón para el ejercicio de los derechos, desde el Instituto Andaluz de la Mujer venimos impulsando medidas y programas encaminados a favorecer tanto el acceso y permanencia de las mujeres en el empleo remunerado, como que este hecho se produzca en igualdad de condiciones. Para ello, se ha impulsado una importante red de Servicios de Orientación para el Empleo de las Mujeres. Además, y concretamente en relación con la discriminación en el ámbito laboral, se viene desarrollando, en colaboración con las Secretarías de la Mujer de los sindicatos UGT-A y CCOO-A, un Servicio de Defensa Legal para Mujeres en caso de Discriminación Laboral, que durante el año 2000, ha atendido un total de 607 mujeres, entre consultas jurídicas y asistencias letradas a juicios. El 21% de mujeres han sido atendidas en relación con acoso sexual, un 28% como consecuencia de discriminación por maternidad; 20% lo han sido por despidos discriminatorios y un 8% por acoso, también discriminatorio, al empleo. Finalmente, el restante 23% incluye consultas de distinta índole.

Sin duda, el acoso sexual constituye un problema que limita las oportunidades de las mujeres y su plena participación en el mercado de trabajo. De acuerdo con los datos del Servicio de Defensa Legal para Discriminación Laboral, más del 60% de las mujeres que han sido atendidas por esta causa dejan el trabajo o son despedidas, algo que no puede permitirse una sociedad moderna e igualitaria en su proceso de avance y progreso. Minimizar e invisibilizar este grave problema contribuye a perpetuarlo. Por ello, es necesario mantener una actitud inequívoca de rechazo a los que infieren este tipo de comportamientos o crean un clima de trabajo humillante, siendo fundamental una mayor concienciación en relación con la necesidad de favorecer unas condiciones de trabajo saludables, exentas de violencia y donde se respete plenamente nuestro derecho a ser tratadas en igualdad.

**Teresa Jiménez Vílchez**  
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

## DOCTRINA

## ¿LA JURISDICCIÓN CIVIL ES UNA ALTERNATIVA PARA COMBATIR LA VIOLENCIA DOMÉSTICA?

MARÍA DURAN FEBRER

Abogada. Presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS

El reciente Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de Marzo sobre "La Problemática Jurídica derivada de la Violencia Doméstica" y la sugerencia, entre otras reformas legislativas, de someter a la Jurisdicción Civil las faltas relativas a la violencia doméstica (malos tratos, amenazas, coacciones, injurias, etc.), hace que nuevamente plantee la exclusión de la vida privada del ámbito penal.

El tenor literal de la propuesta (folios 59 y ss del Acuerdo) es el siguiente:

*" (...) En los demás casos, objetivamente de menor entidad, la respuesta no debe provenir del ámbito penal (en coherencia con el criterio expresado en el Libro Blanco de la Justicia, que propugnaba la desaparición de todas las faltas penales), sino de la jurisdicción civil, para que sea el Juez de este orden, o, en su caso, el Juez de Familia que conozca del proceso de separación, nulidad o divorcio el que adopte las medidas de todo orden que procedan para la corrección de estas conductas violentas más leves, aunque en todo caso indeseables.*

*Esta propuesta no debe entenderse, en modo alguno, como una negación o desconocimiento de la gravedad intrínseca que siempre acompaña a la violencia doméstica, sino como una nueva manera de enfocar, desde el respeto al principio constitucional de proporcionalidad, la solución del problema que generan las agresiones de menor intensidad, que, por no tener entidad suficiente para ser calificadas como delito, son consideradas faltas, y que, por tal motivo, en la mayoría de los casos quedan actualmente sin adecuada respuesta desde el ámbito penal en función de la imposibilidad legal de adoptar medidas cautelares y de protección de la víctima verdaderamente eficaces.*

*Desde esta perspectiva, el Consejo General del Poder Judicial estima que la atribución de la competencia para conocer de este tipo de infracciones al Juez civil o, en su caso, al Juez de Familia que ya esté conociendo del proceso de separación, nulidad o divorcio, puede ser una medida eficaz para combatir esas conductas violentas que por su menor intensidad no puedan ser conceptuadas como delito, pero que por su gravedad intrínseca merecen ser corregidas judicialmente. En este sentido, la legislación debería dotar al Juez civil de todas las prerrogativas que fueran precisas para que estas infracciones, que serían constitutivas de ilícitos civiles, fueran objeto de las medidas coactivas procedentes en proporción a su entidad, y para que, además, tuvieran adecuado reflejo en el ámbito familiar con independencia de que existiera o no previamente un procedimiento de nulidad, separación o divorcio- mediante la adopción de las correspondientes medidas de protección de los otros miembros del grupo familiar.*

*Esta modificación legislativa debería completarse mediante la previsión de los mecanismos precisos para que el Juez de Familia pudiera adoptar motivadamente las medidas necesarias para intentar dar solución, cautelar y definitivamente, a las distintas situaciones conflictivas que se generan en los supuestos de crisis familiares.*

*Esta propuesta tiende, en definitiva, a propiciar una mayor intervención judicial en aquellos supuestos, muy frecuentes en la práctica, de infracciones que por no tener entidad bastante para ser sancionadas como delito a tenor de la legislación vigente, quedan sin adecuada respuesta, ante el fracaso constatado de las faltas contempladas en el Código Penal como mecanismo de prevención y sanción de este tipo de conductas. De este modo, además, la competencia de los jueces de cada orden jurisdiccional quedaría claramente determinada, y se eliminaría la posibilidad de que la insuficiente concreción de aquella pudiera constituir en la práctica un obstáculo, real o aparente, para la inmediata formulación de la respuesta judicial que en tales supuestos resulta imprescindible como factor disuasorio para prevenir la aparición y frenar la repetición de conductas similares.*

Esta propuesta fue replicada por las Asociaciones de Mujeres (Themis, Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas, Asociación de Ayuda a Mujeres Violadas y Enclave Feminista) entre otras, con los siguientes argumentos:

## DOCTRINA

*"Promover la supresión de la falta de malos tratos equivale a la eliminación de la sanción penal para la violencia que se ejerce en el ámbito del hogar, ya que estas agresiones se castigan mayoritariamente como faltas. En el Estudio realizado por Themis "Respuesta Penal a la violencia familiar" se constató que en mas del 50% de los procedimientos que se han seguido como Juicios de Faltas, deberían haberse instruido por delito de malos tratos habituales).*

*No se promulga la desaparición de todas las faltas, solo aquellas que afectan a la violencia domestica, en las que las víctimas son mayoritariamente mujeres, ello podría suponer la paradoja de que idéntica agresión entre novios estuviera penalizada y si tuviera lugar entre cónyuges o convivientes no lo estuviera.*

*Por otra parte el principio de Proporcionalidad entre la acción criminal y la pena, repetidamente enunciado en el Informe, y que forma parte de la facultad interpretativa del Juzgador, tendrá como consecuencia un desmedido incremento de las absoluciones y los sobreseimientos, en base estos últimos en que la acción no configura el tipo penal y la imposibilidad de una interpretación "in malae parte". Entre los años 1.992 a 1.996 la proporción entre delito de malos tratos habituales y faltas de malos tratos era del 1%.*

El Informe del Consejo considera que han de considerarse delitos aquellas agresiones físicas o psicológicas cometidas por uno de los miembros del grupo familiar contra cualquiera de los otros siempre que alcancen intensidad suficiente para provocar la lesión o la puesta en grave riesgo de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de infracciones, ¿Quién determina si la agresión tiene entidad suficiente? Nuevamente nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que precisa de la facultad interpretativa, que hasta el momento presente, ha sido totalmente desfavorable a la consideración de la gravedad que tienen estos actos criminales.

*Sin olvidar que remitir a los Juzgados y Tribunales Civiles la violencia domestica considerada menos grave, que actualmente supone mas del 90% de los procedimientos penales, puede equivaler que la violencia familiar quede fuera del Derecho. Basta recordar la tolerancia con que hasta tiempos muy recientes han tratado los operadores jurídicos a los autores de la violencia familiar y el esfuerzo que las organizaciones feministas han realizado para visibilizar este tipo de violencia.*

*Los operadores jurídicos (Judicatura, Fiscalía, Abogacía etc.) no son ajenos a un universo simbólico donde el varón continua normativizando la vida privada y hasta el presente no ha sido posible conseguir que tengan consideración de delito, actos tan graves como amenazas de muerte con armas e instrumentos peligrosos, se condenan como falta de amenazas leves. Estos actos quedarán impunes si desaparece la falta".*

La aparente simplicidad de la propuesta del C.G.P.J. no puede obviar la trascendencia de las cuestiones que la misma plantea:

- La familia entendida como un ente abstracto, normativizado por el cabeza de familia, históricamente, ha significado la vulneración sistemática de derechos fundamentales de las mujeres y los menores.
- La violencia domestica es fundamentalmente violencia masculina que se manifiesta en forma de agresión y/o abuso sexual (El estudio de Themis "Respuesta Penal a la violencia familiar" constató que del total de los procedimientos judiciales estudiados en el 90% de casos el agresor era varón y el 10% mujer).
- El reconocimiento de los derechos individuales de cada uno de los miembros de la familia, fue una reivindicación que se desarrolló simultáneamente y como consecuencia de la participación de las mujeres en la vida pública.
- La tolerancia judicial y de los fiscales frente a las denuncias de malos tratos, ha sido una pauta generalizada, hasta tiempos muy recientes.
- Hizo falta la Ley Orgánica 14/1.999 de 9 de Junio para suprimir la referencia a la desobediencia de la mujer al marido, que hacía el artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; fue esta misma Ley 14/99 la que estableció la perseguibilidad de oficio de las faltas y delitos relativos a la violencia doméstica.
- El principio de intervención mínima unido a la tendencia a minimizar los daños y efectos de la violencia doméstica, tiene como consecuencia que la gran mayoría de ilícitos penales que tienen lugar en el ámbito familiar se tramiten como Juicios de Faltas, el delito de malos tratos habituales que fue introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico mediante la L. O. 3/1.989 de 21 de Junio, ha presentado muchas dificultades en su aplicación y todavía hoy, pese a las sucesivas reformas legislativas tendentes a simplificar el espectro interpretativo y las sentencias de la Sala 2ª del T.S. de 24 de Junio y 7 de Septiembre de 2.000, hay criterios doctrinales diametralmente distintos, sin un concepto pacífico de maltrato en la familia.

## DOCTRINA

**¿Tiene la JURISDICCIÓN CIVIL una respuesta a la violencia familiar? ¿Son necesarias reformas legislativas para atajar desde el Derecho Civil la violencia domestica? ¿Plantea el C.G.P.J. una Ley de Crimen Civil para los casos de violencia domestica?**

La primera cuestión a dilucidar es si hay vigentes normas civiles aplicables a los supuestos de violencia domestica, y en caso afirmativo como se aplican.

El artículo 82 del Código Civil establece como causa de separación la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales y cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

El artículo 104 del Código Civil establece la posibilidad de que puedan solicitarse Medidas Previas de Separación, Nulidad o Divorcio antes de la interposición de la demanda.

El artículo 158 también del Código Civil indica El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1. *Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.*
2. *Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*
3. *En general las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.*

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El artículo 170 del Código Civil establece que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

La Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil establece en su artículo 771 la posibilidad de la adopción de Medidas Provisionales Previas a la demanda de nulidad, separación o Divorcio y el artículo 770.6 faculta el acceso al procedimiento de Medidas Previas a las demandas de guarda y custodia y alimentos de los hijos menores de edad.

De lo anteriormente expuesto, a priori, podría deducirse que el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen previsiones para dar una respuesta a la violencia en el contexto de la familia (esta previsto que puedan acordarse medidas previas de separación o medidas para los hijos no matrimoniales en un procedimiento sumarísimo, que la violencia es causa de separación, que el juzgador (civil o penal) puede adoptar cualquier medida que le parezca necesaria para la defensa del interés de los menores y también esta prevista la posibilidad de la privación de patria potestad), otra cuestión es, si estas normas se aplican a los supuestos de violencia familiar.

El estudio de las resoluciones judiciales (Autos y Sentencias) de Juzgados y Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo, permite una aproximación a la interpretación que hacen los Tribunales de las normas antes referidas.

**1. AUTOS DE MEDIDAS PREVIAS DE SEPARACIÓN:**

Analizando un muestreo de 89 Autos de Medidas Previas de Separación, en todos los casos solicitadas después de la interposición de denuncia por malos tratos y, en algunos casos, estando la víctima refugiada en una casa de acogida, pueden observarse los siguientes resultados:

**A) Autos en los que se deniega la tramitación de medidas previas de separación porque la solicitud carece de urgencia.**

*El Auto de fecha 7 de julio de 1999, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid que establece en su Razonamiento Jurídico Primero que:*

"Para la adopción de las Medidas Provisionales solicitadas, al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30 /1981 de 7 de julio, en relación con lo dispuesto en los artículos 1.881 y siguientes de la L.E.C. y 104 del Código Civil, es necesario que se den las circunstancias de urgencia que obliguen a ello; a esto obedece la rapidez de la tramitación y la falta de garantías procesales pues no hay auténtica contradicción. Esta clase de medidas son actos de jurisdicción voluntaria, no solo por el emplazamiento que ocupan en la Ley Rituaria, sino por su propia naturaleza y lo que se pretende por el legislador es que se solucione un problema que no admite espera, de ahí, incluso la provisionalidad temporal de sus efectos".

*Auto de fecha 16 de junio de 1999 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Albacete, que establece en sus*

## DOCTRINA

*Razonamientos Jurídicos que:*

"SEGUNDO.- En el caso que ahora nos ocupa no puede quedar comprendido en el marco expuesto ya que si bien se alega la existencia de desavenencias conyugales, no consta la existencia de una situación de violencia física, por lo que no puede apreciarse la situación de urgencia imprescindible para que prosperase su pretensión; de ahí que el cauce procesal adecuado sea el de medidas provisionales de los artículos 103 del Código Civil y 1896 y siguientes de la L.E.C. y no el utilizado, por lo que procede desestimar la pretensión y no acordar las medidas interesadas".

*El Auto de fecha 22 de marzo de 1999 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 27 de Madrid; que establece en su Fundamento de Derecho único que:*

"Que no existiendo en el procedimiento prueba alguna que justifique la necesidad perentoria de la adopción de medidas previas a la interposición de la demanda de separación, y dado que el fundamento de las medidas establecidas en el artículo 104 del Código Civil es la urgencia de su adopción, procede rechazar la solicitud de Dª XX, declarando no haber lugar a la adopción de medidas previas dado que los cónyuges se encuentran separados desde hace cuatro meses, es decir desde noviembre, fecha en que se encuentra admitida en una casa de acogida la Sra. XX".

*El Auto de fecha 29 de julio de 1998 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Coslada establece en su Fundamento Jurídico:*

"SEGUNDO.- Que conforme a lo dispuesto en el artículo 1881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la mujer casada que se proponga interponer demanda de divorcio, nulidad o separación matrimonial, podrá solicitar del Juez de Primera Instancia de su domicilio, que se le faculte para separarse provisionalmente de su cónyuge, pero esta autorización no es automática, sino que el Juez debe valorar la necesidad y urgencia del caso, con el fin de evitar que se adopten medidas jurídicas de gran trascendencia por causas no justificadas, y en el caso de autos la promotora en su escrito manifiesta la existencia de amenazas, malos tratos y lesiones, de otro lado negado por el esposo, manifestando estar separados de hecho desde el 12 de julio, residiendo en distintos domicilios, no apareciendo justificado adoptar medidas de tanta gravedad como es la separación provisional, sin perjuicio de que en un procedimiento contradictorio se acrediten realmente las causas alegadas. En consecuencia, con lo expuesto debe rechazarse la adopción de medidas provisionales solicitadas, reservando el derecho a las partes para que presenten la demanda procedente, si así lo estiman oportuno".

*Auto de fecha 22 de octubre de 1999, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Orihuela, que establece en sus razonamientos jurídicos que:*

"UNICO: La presente solicitud ha de desestimarse fundamentalmente porque la misma **carece de la urgencia** que la adopción de las medidas provisionales requiere.

*En análogo sentido los Autos de fecha 5 de agosto de 1999, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Getafe y de 26 de abril de 1996 del Juzgado de 1ª Instancia nº 27 de Madrid, entre otros.*

**Comentario:**

El requisito de urgencia que venía establecido en el apartado 2º del artículo 1881 de la L.E.C. desapareció con L. 34/84 de 6 de Agosto de modificación de la L.E.C.; no obstante ya desde la Ley 30/ 1.981 de 7 de Julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil era inaplicable el requisito normativo de urgencia para la adopción de Medidas Previas de Separación, Nulidad y Divorcio, dado que su Disposición Adicional 4ª remite a los trámites de los artículos 1.884 y 1.885 de la L.E.C. sin referencia alguna al artículo 1.881, sin embargo, la admisión a trámite de las Medidas Previas de separación ha seguido y sigue condicionada a este presupuesto.

**B) Autos en los que se acuerdan medidas previas de separación, pero no se adoptan ningún tipo de medidas especiales, pese a constar una situación de violencia familiar.**

*Auto de fecha 19 de noviembre de 1999 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Coslada, que establece en su Razonamiento Jurídico segundo que:*

"Siendo preciso valorar la necesidad y urgencia del caso, con el fin de evitar que se adopten medidas jurídicas de gran trascendencia por causas no justificadas, y, en el presente caso, la promotora, en su escrito, manifiesta insultos, amenazas y malos tratos psíquicos por parte de su esposo, negado por éste; constando que la situación es difícil, y que la menor, en su exploración, manifiesta su temor a que su padre agrede a su madre, parece justificado adoptar medidas, sin perjuicio de que, en procedimiento principal, se acrediten circunstancias y causas alegadas"

## DOCTRINA

Asimismo dicho Auto en su parte dispositiva establece que,

" Que debo decretar y decretaba la adopción de las siguientes Medidas provisionálsimas:

- 1.- La separación provisional de los cónyuges x.
- 2.- La guarda y custodia de los hijos se atribuye a la madre.
- 3.- La atribución del uso del domicilio y disfrute de la vivienda familiar, se atribuye a la esposa, quien residirá en dicha vivienda en compañía de sus hijos.
- 4.- En concepto de contribución a los alimentos para los hijos, el esposo abonará a la esposa, por meses anticipados y dentro de los primeros días de cada mes, la cantidad de treinta mil pesetas mensuales.....".

*Auto de fecha 30 de julio de 1999 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Calahorra, que establece que:*

"HECHO SEGUNDO (...) En tal acto la actora además de ratificarse en el contenido de la solicitud, añadió que desconocía hasta ahora la reacción del esposo cuando tuviera conocimiento de todas las actuaciones judiciales sobre él emprendidas, pero a fecha de hoy sabemos que esta reacción es violenta porque cuando recibió la citación para acudir a este Juzgado comenzó a insultar y amenazar a su esposa y a sus hijos, manifestando que él iba a hacer lo que le diera la gana y nadie le iba a obligar a ir a ninguna parte (...)

PARTE DISPOSITIVA:

En atención a lo expuesto, DECIDO: Adoptar las siguientes medidas provisionales en relación con el matrimonio formado por x.

- 1ª.- La separación provisional de los cónyuges, cesando la presunción de convivencia conyugal.
- 2ª.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado en favor del otro, y cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.
- 3ª.- Se acuerda que los hijos menores del matrimonio, continúen bajo la guarda y custodia de la madre, permaneciendo compartida la patria potestad de ambos.
- 4ª.- Se establece en favor del esposo el derecho-deber de visitar y tener en su compañía a los hijos menores de edad, los fines de semana alternos, desde las 10 horas del sábado a las 20 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones escolares.
- 5ª.- Se asigna a la esposa e hijos el uso y disfrute del domicilio familiar....
- 6ª.- Se fija la cantidad de 25.000 Ptas. mensuales, como pensión alimenticia que deberá satisfacer el padre en favor de sus hijos menores.

*Auto de fecha 30 de julio de 1999 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia de Torrejón, que establece en su razonamiento jurídico segundo que:*

"En el caso de autos, oídas las partes y ratificadas a su instancia se desprende que existe una situación de convivencia gravemente deteriorada y agravada por el hecho de que la esposa ha abandonado el domicilio conyugal ante el temor de que la golpee y con el perjuicio de que se vio obligada a salir del mismo, dejando en él a su hijo de 20 meses y a la vista de la prueba practicada, oídos los cónyuges y haber reconocido el marido que es la esposa la persona que siempre se ha ocupado del menor, el hecho de que ésta no trabaje, y la edad de menor, quien necesita constantemente los cuidados de una persona, se considera a la madre como la persona más adecuada....."

(...) Se decreta la separación provisional de los cónyuges x. Se revocan todos los consentimientos y poderes que los cónyuges se hubieran otorgado y la posibilidad de vincular bienes de un cónyuge a otro, cesando la presunción de convivencia conyugal.

Se acuerdan los siguientes efectos y medidas:

La guarda y custodia del hijo menor de edad se adjudica a la madre. El padre tendrá derecho a visitarle y comunicar con él todos los fines de semana alternos desde las 18.00 h. del viernes y hasta las 18.00 h del domingo, comenzando su ejercicio a partir de la notificación de esta resolución. Tendrá derecho a la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano, eligiendo el padre los años impares y la madre los pares.

El padre tendrá que abonar en concepto de alimentos 30.000 ptas. mensuales....."

*Auto de Medidas Previas de 23 de Marzo de 2.000 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Albacete:*

Se acuerda un régimen de visitas de fines de semana alternos y mitad de vacaciones escolares para el padre condenado en Sentencia firme de Juicio de faltas 8/2000 de fecha 17.01.2000 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Albacete en la cual se acordaba el alejamiento durante seis meses, del domicilio familiar.

**Comentario:**

En todos los Autos de este apartado, no ha sido tomada en cuenta la situación de violencia familiar, en las medidas que se han adoptado.

## DOCTRINA

En todos los supuestos de violencia en el hogar, los hijos son víctimas de este tipo de violencia, unas veces destinatarios directos de la violencia física, en otras son destinatarios directos de violencia psíquica, aún cuando sólo sea por presenciar como el progenitor ejerce violencia contra el otro progenitor. Los hijos no son insensibles o indiferentes a lo que ocurre y sufren miedo y terror por el hecho de contemplar la agresión del padre hacia la madre; el menor que tiene depositada su confianza y espera de su progenitor el cuidado propio de una relación de afecto y amor de padre-hijo, ante el miedo basa la relación paterno-filial en el temor a la agresión, ejerciendo en muchas ocasiones funciones de mediación entre el padre y la madre, para evitar nuevos actos de violencia.

La suspensión del régimen de visitas de los menores respecto al progenitor maltratador, salvo que éste demuestre que la comunicación es buena para los hijos, debería acordarse en las Medidas Previas de separación, dado que:

- 1º Los menores necesitan recuperarse psicológicamente del maltrato sufrido, lo que no será posible si no hay un distanciamiento del agresor.
  - 2º Por estar en periodo de desarrollo y formación de conciencia, los menores no pueden discernir la anormalidad del comportamiento violento del progenitor.
  - 3º Los patrones y valores culturales se interiorizan en el periodo del desarrollo, el mecanismo con que la violencia se perpetúa es en el aprendizaje de los modelos paternos y maternos, de tal forma que los niños mimetizan el comportamiento del padre y las niñas el comportamiento de la madre, afectando ello de un modo cualitativo su comportamiento de adultos.
- El artículo 94 del Código Civil establece como el juez puede suspender el régimen de comunicación de los hijos respecto al padre no custodio cuando se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen, en igual sentido el Art. 158 del Código Civil y la Ley de Orgánica de protección jurídica del menor.

**C) Autos en los que se adoptan medidas provisionales acordando algún tipo de medidas especiales en función de la constatación de violencia familiar.**

*Auto de Medidas Provisionales de fecha 18 de Octubre de 2.000, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid, "HECHO TERCERO: De la comparecencia celebrada se desprende que la Sra. X abandonó el domicilio familiar con sus tres hijos trasladándose a vivir a casa de su madre y ello debido a los malos tratos físicos y psicológicos como se desprende de las denuncias que se acompañaron. Que este domicilio es de apenas 40 metros cuadrados en los que tienen que convivir junto a su madre la actora y los menores (...) Que de la exploración de los menores se desprende el temor que los mismos sienten ante la situación familiar creada y la imposibilidad de residir en casa de su abuela. Manifestando una opción clara de permanecer junto a su madre que es quien ha venido cuidando de ellos (...)*

ACUERDA: Que estimando la solicitud de medidas provisionales instadas por Dª X contra D. Y debo acordar y acuerdo como medidas urgentes previas a la demanda de separación las siguientes:

- 1ª La separación provisional de los cónyuges
- 2ª Se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro.
- 3ª La guarda y custodia de los hijos menores comunes se atribuye a la madre quedando compartida la patria potestad.
- 4ª Se atribuye a los hijos menores y a Dª X el uso y disfrute del domicilio conyugal y el ajuar domestico, pudiendo D. Y, que deberá abandonarlo si no lo hubiera efectuado ya, retirar previo inventario los bienes de uso particular
- 5ª No se acuerda régimen de visitas mientras no sea solicitado expresamente por el demandando en cuyo caso se fijará el que proceda en ejecución.
- 6ª No se acuerda prestación alimenticia a cargo del demandado mientras no se demuestre la percepción de ingresos y la cuantía cierta o aproximada de los mismos. Sin perjuicio de la ampliación que sobre esta medida pueda tomarse a solicitud de cualquiera de los interesados en medidas provisionales. (...)"

*Auto de fecha 15 de junio de 1999 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid, que establece en su parte dispositiva que:*

"Se acuerda la separación provisional de los cónyuges x, y la adopción con igual carácter de las siguientes medidas:

- 1ª.- El hijo menor de edad del matrimonio quedará bajo la guarda y custodia de su madre, continuando la patria potestad compartida.
- 2ª.- El régimen de visitas del menor con su padre será de fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio o en su defecto las 18.00 horas al domingo a las 20.00 horas debiendo recogerlo y reintegrarlo del domicilio donde se encuentre con su madre.
- 3ª.- El padre contribuirá con 25.000 Ptas. mensuales para el levantamiento de las cargas familiares...
- 4ª.- No ha lugar a señalar cantidad en concepto de litis expensas por no haberse acreditado insuficiencia de medios para litigar.

## DOCTRINA

5ª.- Se prohíbe la salida del menor x del territorio nacional, sin consentimiento expreso de la madre o autorización judicial, librándose al efecto Oficio a la Dirección de la Seguridad del Estado."

*Auto de medidas provisionalísimas de fecha 17 de mayo de 1999 del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Manacor, que establece en su parte dispositiva que:*

"Se acuerda la separación provisional de los cónyuges XX y YY, cesando la presunción de convivencia conyugal.

1. Se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.
2. Se atribuye la guarda y custodia de los hijos comunes a Dª XX. A la vista de la corta edad de la hija pequeña, así como del resultado de la exploración de los menores se fija a favor del padre el siguiente régimen de visitas: los miércoles de cada semana, desde las 18 horas hasta las 20 horas y el sábado o domingo de cada semana, a convenir entre los padres, desde las 10 hasta las 10 horas, debiendo recoger a los hijos así como reintegrarlos al domicilio en el que residen actualmente que es el domicilio de los abuelos maternos. En la medida en que la presente resolución supone una cierta variación de la orden de alejamiento dictada por la Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Manacor, en las diligencias previas nº 224/99, expídase testimonio de esta resolución y remítase al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 a los efectos de su conocimiento.

*Auto de fecha 9 de febrero de 1998, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Manacor, que establece en su Razonamiento Jurídico y en su Parte Dispositiva que:*

"F.J. PRIMERO:(...) determinan el hecho mismo de que las mismas únicamente sean procedentes en supuestos en los que se advierta la urgente necesidad de separar la cohabitación de los cónyuges, o para garantizar la alimentación de los hijos o de la parte carente de ingresos económicos, o peligrar que pueda peligrar la integridad de todos o alguno de los miembros de la familia o pudieran quedar gravemente perjudicados los derechos de los hijos o de cualquiera de los cónyuges, tales circunstancias concurren en el caso de autos, a la vista de ello, de la prueba al efecto practicada y obrante en autos y concretamente de la prueba documental, consistente la misma en las diligencias previas 87/98 e informe psicológico emitido por la psicóloga Dª M.

PARTE DISPOSITIVA: Que debo acordar y acuerdo como medidas urgentes previas a la demanda de separación, divorcio o nulidad las siguientes:

- a) Se decreta la separación provisional del matrimonio integrado por los cónyuges hoy litigantes.
- b) Se concede la guarda y custodia de la hija menor F. habida en el matrimonio a Dª XX, siendo compartida por ambos progenitores la patria potestad.
- c) Se suspenden cautelarmente el régimen de comunicación y visitas de D. YY sobre su hija menor.

### Comentarios

De los anteriores Autos se deduce que sólo en casos muy excepcionales se suspende el régimen de visitas del padre con los hijos atendiendo a la situación de violencia familiar sufrida. En los pocos casos en que se restringe el régimen de visitas, se atiende generalmente a la corta edad de los menores y sólo de manera extraordinaria se basa dicha restricción en la situación de violencia familiar.

Aún a pesar de haberse dictado en un procedimiento penal una orden de alejamiento del padre con respecto a la madre y que le impide por tanto el acceso al domicilio familiar o a sus cercanías, se establece régimen de visitas del padre con los hijos, ignorando dicha restricción y en consecuencia permitiéndole a este el acceso al domicilio en el que residen su esposa e hijos, con la consiguiente puesta en peligro de la integridad física de la madre.

Cuando se otorga régimen de visitas al progenitor maltratador, éste no ha acreditado que tal comunicación será en interés de los menores, obviando de esta manera el principio general "favor filli", que regula tanto el Código Civil como la Ley de Protección Jurisdiccional del Menor, que obligan al juzgador a apartar a los menores de un peligro o evitarles perjuicios.

En los casos en que se constata la existencia de violencia familiar no se articulan medios para evitar que el padre deba acudir al domicilio familiar para recoger y reintegrar a sus hijos, con la finalidad de evitar el contacto entre ambos cónyuges y por tanto la posibilidad de nuevas agresiones.

Solamente cuando los progenitores o el padre son procedentes de países árabes se limita la posibilidad de que el padre pueda sacar a sus hijos de España mientras estos sean menores de edad.

## DOCTRINA

**D) Autos en los que se adoptan medidas provisionales de separación otorgando la guarda y custodia de los hijos al progenitor maltratador**

*Auto de Medidas Provisionalísimas de fecha 23 de agosto de 2.000 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Manacor:*

"(...) 3º.- En cuanto a la atribución de la guarda y custodia de la menor, de conformidad con el art. 159 del Código Civil, a cuyo tener en el caso de que los esposos no decidieran de común acuerdo, del Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad. Por lo que siendo que ambos tienen ingresos económicos propios, siendo mayores los del esposo que los de la esposa, él los realiza pro cuenta propia y ella por cuenta , y vista la voluntad de ambos de querer ostentar la guarda y custodia; valorando todas estas circunstancias junto con el hecho de que hasta la fecha no se ha constatado por pruebas al efecto de que el esposo desarrolle una actitud agresiva de malos tratos o bien esté bajo la influencia de drogas tóxicas o estupefacientes o el alcohol, y entendiéndose que el padre y la madre son perfectamente capaces para atender las necesidades de un menor, es por lo que atendiendo al interés de la menor, debe prevalecer la elección del progenitor sobre el que recaerá la guarda y custodia en el que tiene una mayor disponibilidad económica para su atención, recayendo esta circunstancia en XX, padre de la menor (de 2 años de edad).

El otorgamiento de la guarda y custodia al padre fue ratificado por el mismo juzgado en Auto de Medidas Provisionales de 2 de Noviembre del 2.000, siendo en este caso la justificación del otorgamiento que la esposa y madre está atravesando una depresión consecuencia de su vida matrimonial<sup>1</sup>.

**Comentario:**

En resumen podemos señalar que, las Medidas Previas por la inmediatez con que deben adoptarse, deberían ser un medio efectivo para el cese de la violencia, sin embargo del análisis de las resoluciones anteriores no puede concluirse su efectividad, dada la interpretación restrictiva que se hace sobre la adopción de las mismas. En los casos en que se deniega la solitud de medidas previas de separación, se amparan los jueces en la inexistencia de urgencia, aluden en la mayoría de ocasiones a que ya no hay convivencia, obviando que en todos los casos de solicitud ha habido previamente denuncia por agresión o malos tratos y dejando por tanto en una situación de desamparo a las solicitantes, sin tomar ninguna decisión relativa a la guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas, uso de la vivienda familiar y contribución a las cargas del matrimonio, con remisión al proceso de separación, con la consecuente demora que ello conlleva, más en el caso de aquellas personas que por carencia de ingresos deban de solicitar justicia gratuita.

Solo atendiendo al tiempo que ha de transcurrir desde que se solicita abogado y procurador de oficio hasta que se acuerdan Medidas Coetáneas de Separación, es comprensible la precariedad en que pueden hallarse las mujeres y los hijos que padeciendo violencia, quieren el cese de la misma.

**2. LA CAUSA DE VIOLENCIA FAMILIAR EN LA SEPARACIÓN:**

La violencia doméstica está incluida entre las causas previstas en el apartado primero o segundo del artículo 82 del Código Civil "la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales y cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos", ello no obstante, los Tribunales no suelen apreciar la violencia como causa de separación, entre muchas Sentencias, se han seleccionado algunas sentencias de las Audiencias Provinciales de Andalucía, nuevamente por su carácter ilustrativo:

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Huelva de fecha 5 de noviembre de 1997:

"Primero.- (...) De la prueba practicada en las actuaciones de Primera Instancia resulta la existencia de una sentencia condenatoria de fecha 16 de enero de 1996 dictada en juicio de faltas, que declara probada la existencia de una agresión efectuada a Dª Catalina por el apelado el día 7 de julio de 1995. También obra en autos un parte de lesiones del día 25 de marzo de 1996 en el que se hace constar por la propia apelante que su "ex marido" le ha agredido y se constata efectivamente la existencia de una agresión leve; sin embargo tal y como se desprende del Acta Notarial aportada por el demandante de la separación y que lleva fecha de 6 de septiembre de 1995, en dicha fecha ya estaban los cónyuges separados de hecho, la agresión fue por tanto posterior a su convivencia. Hemos de dar por acreditado por tanto que el único hecho de malos tratos que ha existido por parte del esposo, es el declarado probado en la sentencia de fecha 16 de enero de 1996 y que aconteció en julio de 1995. Aplicando a estos hechos la doctrina sentada tanto por la jurisprudencia menor como por la de nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 10 de febrero de 1983, la violación de deberes recíprocos de los esposos que tal proceder com-

<sup>1</sup> En el presente caso además de denuncia previa por amenazas y querrela por malos tratos habituales, en los Autos de Medidas Provisionales consta un informe de la Guardia Civil de 28.08.00 en el que se hace constar "Que dicha pareja comenzó a tener problemas al parecer desde el nacimiento de la hija que tienen en común, acrecentándose de forma notable desde hace seis meses, cuando XX empezó a dedicarse a llegar tarde todas las noches, supuestamente en estado ebrio, despertando a la niña y a la Sra. YY. Que en varias ocasiones él le ha pegado a ella, pero no ha querido interponer denuncia por estos hechos. Los vecinos de la CI. NN han sido testigos en alguna ocasión de los malos tratos sufridos por ella".

## DOCTRINA

porta, habrá de ser grave y reiterada; actualmente la doctrina jurisprudencial exige únicamente que si se trata de un solo acto de agresión, este sea grave sin necesidad de que exista reiteración, pero una sola agresión de carácter leve no puede ser subsumida en esta causa de separación para ello habrán de ser ese tipo de agresiones efectuadas de manera reiterada..... En definitiva la juzgadora actúa correctamente cuando declara que la separación se produce porque falta en ambos cónyuges el llamado afecto marital lo cual supone una violación por parte de ambos de sus deberes conyugales y no puede decretarse la culpabilidad de ninguno de ellos en la separación".

Sentencia de la Sec. 3ª de la A.P. de Cádiz, de fecha 12 de enero de 1998:

"F.J. Segundo: (...) De suerte que patente la violación del deber de respeto que el artículo 67 del propio Código señala respecto de ambos cónyuges, en cualquier conducta agresiva, que más allá de un vulgar incidente de la vida matrimonial merezca el calificativo de seriamente considerada para con el cónyuge que la sufre, no ofrece duda de que tal proceder, manifiesto en la violencia de la agresión física, que en el caso presente tuvo incluso relevancia penal, configura la grave violación del deber de respeto para con el cónyuge que la padece, cuya vejación por sí sola ya es reputada por el mismo precepto del número 1º del artículo 82 del Código como causa de separación.... El empeño en mantener la situación matrimonial después de la agresión física de un cónyuge sobre el otro olvida que, con ello, no sólo no se previene el riesgo de disolución matrimonial que dice evitar, sino que inventa artificialmente otros nuevos, nacidos de una forzada convivencia que, normalmente, habría de desarrollarse ya en un clima erizado de tensiones, hasta tal punto evidentes que ahorran todo análisis detallado, pero cuya presencia sería ingenuo olvidar. Por otra parte es evidente que en el presente caso en que no se comparte lecho conyugal existe un grave deterioro o desaparición de la *affectio conyugal*, no pudiendo imponerse una convivencia matrimonial no deseada. En este sentido son varias las Sentencias de Audiencias, tales como las de 14-X-87, y 4-XI-88, de Bilbao y 13-VII-85 y 18-VII-86 de Barcelona, que se han pronunciado en el sentido de que la desaparición de aquella *affectio* es bastante causa de separación sin necesidad "de imputar a la parte demandada hechos o conductas constitutivas de causa de separación al amparo de lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 82-1º y 2º del Código Civil".

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Almería de fecha 3 de marzo de 1998:

"F. J. Segundo: (...) En el presente caso enjuiciado las pruebas practicadas ponen de manifiesto que la convivencia entre los cónyuges litigantes es del todo punto imposible, habiendo sido continuas las disputas entre ambos, y así lo han puesto de manifiesto las hijas del matrimonio, que en prueba practicada en esta segunda instancia, han manifestado que han presenciado las continuas peleas entre sus padres, no obstante haber intentado la madre evitar que fueran testigos directos de dichas disputas, afirmando las dos mayores, que esa situación de tirantez se ha traducido en más de una ocasión en malos tratos de palabra y obra, situación que llegó a ser inaguantable y que motivó que las hijas plantearan a su madre a instar la separación. De dichas informaciones testificales, se desprende que incluso alguna vez la madre presentaba lesiones después de alguna de esas disputas.

De lo expuesto se desprende que, ante esa falta de mutuo respeto, ayuda y socorro, sea aconsejable poner fin a dicha situación, que en caso contrario podría ser aún más perjudicial para la convivencia familiar".

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Granada de fecha 20 de octubre de 1998:

"Primero.- Lo que expresa toda la prueba practicada es, sencillamente, una situación, entre los esposos, de profunda (plena) tirantez, desafecto, y continua discordia, que ha llevado al incumplimiento, por ambos, de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (artículos 67 y 68 del Código Civil). Tales posturas, que no se han de reprochar (como se hace) a uno sólo de los consortes producen (como dice la Sentencia del T.S. de 13 de febrero de 1982), un grave y (gran) menoscabo en los del consorcio, dejando de ser uno ayuda (*auditorium*) para el otro, dando lugar, por si solos a la separación matrimonial por ambos deseada (...) Uso que no ha de ser compartido como pretende el Sr. apelante, ya que la situación violenta y penosa, existente entre los consortes, podría desembocar en algo irreparable, que no se ha de propiciar".

#### Comentario:

De las Sentencias anteriormente referidas se desprende que la causa motivadora de la separación carece de relevancia, la interpretación que hace la Jurisprudencia Menor de la causalidad en las separaciones se resume en la cláusula general "Desaparición del afecto conyugal". Esta cláusula encubre o enmascara la realidad de las crisis matrimoniales, haciendo compartir la responsabilidad en la ruptura en aras a una interpretación no culpabilística de la norma, pese al carácter contencioso de los procedimientos.

Para apreciar la violencia familiar como causa de separación, los Tribunales exigen la existencia de un acto de violencia o agresión grave, o en su caso, múltiples agresiones leves, condenando de esta manera a la esposa a tener que soportar durante un largo período la violencia de que es víctima por parte del marido.

La violencia familiar genera una situación de violencia física, psíquica y temor permanente a las personas que la sufren, tiene lugar en el contexto del hogar, donde no suele haber testigos hábiles y en la mayoría de los casos las víctimas procuran mantener el sigilo sobre los malos tratos que le son infligidos, todo ello repercute negativamente en el momento de acreditar la violencia sufrida.

La carga de la prueba de la causa de la separación, recae en quien alega la violencia. La mujer que quiere que la sentencia contemple que la causa de la separación ha sido la violencia que contra ella o los hijos se ejercía, se encuentra con la dificultad añadida de la prueba. En las Sentencias estudiadas, se resta importancia a la prueba acreditati-

## DOCTRINA

va de los actos de violencia, y se relativizan los actos violentos y/o vejatorios, dándoles la consideración de simples disputas conyugales, en las que víctima y agresor aparecen corresponsables, lo que repercute no solo en los efectos económicos sino también en los efectos respecto a los hijos como son la guarda, comunicación y visitas.

El determinar la concurrencia o no de alguna de las causas fijadas en el artículo 82 del Código Civil, no carece de consecuencias, para la parte que no se halla incurso en causa de separación ya que además de la compensación moral del cónyuge inocente tiene efectos económicos que no se pueden obviar ya que están recogidos en nuestras leyes; a modo ejemplificativo cabe señalar el artículo 95 del Código Civil, que regula la liquidación de la sociedad conyugal en función de la buena o mala fe de cada cónyuge, el artículo 834 del Código Civil que regula la legítima del cónyuge viudo, atribuyéndola excepcionalmente al supérstite separado cuando la culpa de la separación fuera del difunto; el párrafo final del artículo 1.344 del mismo cuerpo legal que reputa en orden a la revocación de donaciones por razón de matrimonio otorgadas a terceros como incumplimiento de las cargas la anulación del matrimonio por cualquier causa y la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia los hechos que los causaron, en el párrafo final del mismo artículo se dispone que se estimará como causa de ingratitud, a los efectos de revocación que al donatario le sea imputable según la sentencia la causa de separación o divorcio.

Habida cuenta de la dificultad que comportan los procesos penales en materia de violencia doméstica, las separaciones que se tramitan de mutuo acuerdo, aún teniendo su origen en la violencia; la no constatación de la causa real, en los procesos contenciosos, equivale a la práctica desaparición de la tutela judicial a la persona víctima de violencia.

### 3. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD:

Otra de las cuestiones inherentes a la violencia familiar, es la posibilidad de privación de la patria potestad. El art. 170 del Código Civil establece que ésta podrá tener lugar tanto en un procedimiento civil como criminal.

La patria potestad tiene una función dual, que debe ejercerse siempre en beneficio o interés de los hijos, vinculada a los actos de violencia el Tribunal Supremo ha privado de la patria potestad al progenitor que lesionó gravemente y maltrató reiteradamente a un menor (Sent. T.S. S<sup>o</sup> 2 13.05.95), no ocurre lo mismo cuando se solicita la privación de patria potestad del progenitor parricida del otro, en este caso la Jurisprudencia no siempre es pacífica.

La Sentencia de la S.1<sup>a</sup> del T.S. de 31.12.96 considera que el supuesto de parricidio cometido contra la esposa ampara la aplicación de las prescripciones del art. 170 del C.C. F.J.3<sup>o</sup> "(...) La Sala, con acierto, establece que, aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la Ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen *las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código civil, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, mas que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil.* Tal doctrina aplicada al concreto caso de autos no suscitó en el ánimo de la Sala de instancia la menor duda, ni legal ni de conciencia, sobre lo acertado, en cuanto ajustado a derecho, de la decisión adoptada por el Juzgador "a quo", quien, tras un exhaustivo análisis de la prueba sometida a su consideración, concluye con la estimación de la pretensión deducida en el escrito rector del procedimiento acerca de la privación de la patria potestad, con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que esta Sala no duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna; por ello la medida adoptada, y que es objeto de impugnación, se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse puedan respecto de la patria potestad, en flagrante trasgresión de lo prevenido en el artículo 154-1<sup>o</sup> del Código civil, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus mas trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aún previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquel. Ante ello resulta casi una burla trágica -como remarca la Sala de segunda instancia- la alegación

## DOCTRINA

que vertió la dirección letrada del apelante en el acto de la vista al fundar su petición en que no se debía romper la unidad familiar".

**Comentario:**

La explícita remisión tanto a la vía civil como a la penal que hace el artículo 170 del Código Civil ha sido interpretada restrictivamente por el T.S. en el sentido de que salvo los supuestos penales en los que se indique la privación de patria potestad como pena (art. 192, 226 y 233 del Código Penal), no cabe la privación de patria potestad en el proceso penal y ello pese al contenido literal de los arts. 39 B, 46, 54 y 55 del vigente Código Penal.

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del T.S. de 26 de Mayo de 2.000 resolvió la improcedencia de acordar la privación del patria potestad por el tribunal penal en los supuestos de homicidio o parricidio de un progenitor a otro y amparándose en este Acuerdo la Sentencia T.S. S<sup>2</sup> 11.09.00 casa la sentencia de la Sección 3<sup>a</sup> de la A.P. de Gerona que había condenado a XX por el homicidio de su esposa, y confirma el homicidio pero deja sin efecto la privación de patria potestad acordada.

En contradicción con el criterio antes expuesto, la Sentencia del T.S. de la Sala 1<sup>a</sup> de 24.05.00 considera que la privación de la patria potestad por haber sido condenado a una pena de treinta años de prisión "(...) añadiría una pena impuesta a todo recluso privado de libertad por un tiempo razonable al efecto, la de poder ser privado también por los tribunales Civiles de la patria potestad, a pesar del silencio que sobre este punto guarde la sentencia penal".

De la aplicación literal de los últimos criterios del T.S. puede derivarse la no privación de patria potestad a los progenitores que haya cometido homicidio o asesinato contra el conyuge, dado que los tribunales penales no se consideran competentes y los tribunales civiles lo consideran una pena añadida, prohibida por el art. 25 de la Constitución.

**A MODO DE CONCLUSIÓN:**

Del análisis realizado salvo contadas excepciones, los tribunales civiles tampoco dan respuesta a la violencia familiar, la inseguridad jurídica es la nota predominante en estos procesos, los conceptos jurídicos indeterminados son desarrollados y completados a partir de la configuración ideológica del interprete, no ajeno a un universo simbólico donde el género establece los roles del hombre y de la mujer, mas allá de su capacidad y potencialidad.

La mujer que ha sido víctima de violencia familiar se encuentra en una situación de desamparo no hallando en la vía civil una respuesta eficaz para salvaguardar su integridad física y psíquica, así como la de sus hijos.

Si el Derecho Penal no da una respuesta suficiente a la violencia familiar y el Derecho Civil tampoco, atendiendo aquella máxima de que lo no está en el Derecho no existe, podría llegarse a la conclusión de que la violencia no existe, y que su alegación forma parte de un sentido victimista de las mujeres.

La violencia de género explícitamente rechazada e implícitamente tolerada, sigue siendo un mecanismo válido para mantener a las mujeres en una posición de subordinación convirtiendo la diferencia entre hombres y mujeres en desigualdad.

Si la violencia de género vulnera derechos constitucionales como la vida, la integridad, la libertad, la seguridad y la dignidad, y los Tribunales tienen el deber de tutelarlos, con las herramientas jurídicas, normas y competencias, ¿Por qué no se aplican para combatir la violencia contra las mujeres y menores?.

## LEGISLACIÓN

## LEY 4/2001, DE 9 DE ABRIL, DE MODIFICACIÓN DEL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY 13/1989, DE 14 DE DICIEMBRE, PROCEDIMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA.

### PREÁMBULO

La transversalidad de las políticas de igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres ("mainstreaming") requiere un planteamiento global; por eso debe intensificarse su eficacia y ampliarse adecuadamente su ámbito. La Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las Mujeres, celebrada en Pequín, y el IV Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, de la Unión Europea, marcan claramente las líneas que han de orientar toda acción de gobierno en el sentido de introducir la óptica de igualdad en todas las medidas que se adopten, para promover la participación de las mujeres en todos los ámbitos, especialmente en la economía productiva, en los centros de toma de decisiones, en el mundo científico y cultural, y, en definitiva, en todos los ámbitos de la sociedad. Para construir la igualdad, los principios del "mainstreaming" han de impregnar todas las políticas y las medidas generales y, en el momento de su planificación, ha de tenerse en cuenta el impacto que producirán en los hombres y las mujeres.

#### Artículo único.

Se modifica el apartado 2 del artículo 63 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, que queda redactado de la siguiente forma:

"La propuesta de disposición ha de ir acompañada de una memoria, la cual ha de expresar en primer lugar el marco normativo en el que la propuesta se inserta, ha de justificar su oportunidad y la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, ha de valorar la perspectiva de igualdad de género y ha de hacer referencia a las consultas que pueden haberse formulado y a otros datos de interés para conocer el proceso de elaboración de la norma. A la propuesta de disposición también se han de adjuntar:

- a) Un estudio económico en términos de coste-beneficio.
- b) Una lista de las disposiciones afectadas por la nueva propuesta.
- c) La tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, en la cual han de consignarse de forma expresa las que han de quedar total o parcialmente derogadas.
- d) Un informe interdepartamental de impacto de género de las medidas establecidas en la disposición."

Por tanto, ordeno que todos los ciudadanos a los que sea de

aplicación esta Ley cooperen en su cumplimiento y que los tribunales y autoridades a los que corresponda la hagan cumplir.

Palacio de la Generalidad, 9 de abril de 2001.

JORDI PUJOL

Presidente

(Publicada en el "Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña" número 3.371. de 19 de abril de 2001)

### COMENTARIO A LA LEY DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA 4/2001, DE 9 DE ABRIL

#### EL IMPACTO DE GÉNERO Y LA PROGRESIÓN EN LA IGUALDAD MATERIAL.

La Ley 13/89, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, establecía en su artículo 63, la necesidad de que todo Reglamento que se dicte por la Administración de Cataluña, haya de cumplir necesariamente una serie de requisitos de forma. En primer lugar de carácter competencial, que la iniciativa se lleve a cabo por el centro directivo correspondiente. En segundo lugar, que la propuesta de esa norma lleve consigo una memoria, que deberá expresar el marco normativo en el que se inserte la propuesta, la oportunidad de las medidas que se pretenden, un estudio económico en términos de coste-beneficio, una lista de las disposiciones afectadas por la medida, una tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y su derogación parcial o total. Finalmente cuando se trata de modificación de servicios o creación de otros nuevos, se adjuntará un estudio del coste y lanzamiento del mismo.

Pues bien, a estos requisitos, se añade por la Ley 4/2001, de 9 de abril, uno nuevo y además extraordinariamente importante para el cumplimiento de la igualdad material, que consiste en adicionar a estos requisitos, el del impacto de género.

En preámbulo de la referida ley 4/2001, hace referencia a la necesidad de intensificar la eficacia de la transversalidad. Se ha considerado que la transversalidad es la intersección en toda medida legislativa de la Administración, de una consideración hacia la repercusión de esa medida en el género. Teniendo en cuenta esta premisa, se modifica el art. 63 de la ley 13/89 de la Generalidad de Cataluña, en el sentido de añadir a la propuesta de disposición, además de los tres requisitos

## LEGISLACIÓN

referidos, un cuarto que queda redactado como:

"d.- Un informe interdepartamental de impacto de género de las medidas establecidas en la disposición."

Con esa adición a los requisitos generales de legislación administrativa de rango reglamentario, se pretende conseguir la introducción de la óptica de igualdad en todas las medidas que adopte la Comunidad Autónoma para conseguir la participación de las mujeres en todas las actividades, en la medida en que este principio de impacto de género impregnará todas las políticas generales de esa Comunidad Autónoma.

Sin embargo, siendo importante la reforma legislativa operada por esta ley, la cuestión central va a consistir en el desarrollo de esa norma cuando a la hora de reglamentar cualquier actividad administrativa, se ponga en marcha ese mecanismo previsto en el artículo 63 del estudio de impacto. Efectivamente, la norma habla de un informe interdepartamental, lo que implica que definitivamente, haya de recabarse la información de los distintos departamentos afectados por el reglamento que se pretende aprobar por la Administración Autonómica. Ahora bien, si no se desarrolla adecuadamente en cada departamento de la Administración, una Comisión o grupo de personas que lleve a cabo ese estudio de impacto de forma exhaustiva, podemos encontrarnos con una legislación muy progresiva en materia de igualdad de género, pero que a la hora de emitir ese informe, solamente se haga constar brevemente que no hay impacto a valorar en esa cuestión, y la finalidad de la norma queda frustrada. A menudo viene ocurriendo desde hace algún tiempo, que el problema del género se

está instrumentalizando electoralmente para llevar a cabo políticas meramente gestuales, que en el fondo solo pretende que todo queda como está, y para ello se reafirman constantemente las políticas de igualdad, protección de la mujer o aspiraciones de igualdad real. No tiene por qué ser este el caso de una norma que además tendrá la virtualidad de ser la de la primera comunidad autónoma que aborda la legislación reglamentaria condicionada al impacto, pero lo que se pretende afirmar es que tales políticas además han de ser efectivas en la práctica. Y para ello habrá que estar fundamentalmente a las consecuencias de su incumplimiento. ¿Se podrá inaplicar una disposición reglamentaria, o en su caso declarar ilegal por un juez, si en la aprobación del reglamento no se ha evidenciado ese impacto de género?. Esta es la cuestión final de la efectividad de todas las medidas de discriminación positiva que están llevándose a cabo ahora por los Gobiernos y las diferentes administraciones autonómicas. Hay una suerte de modernización de algunos líderes políticos, vía legislación progresista de la igualdad en materia de género, que llevan a cabo, con el concurso mas mediático, una legitimación popular directamente relacionada con las medidas que proponen en la consecución de la igualdad. Solamente el tiempo podrá medir la eficacia práctica de esas medidas, y su real contribución al desarrollo de la igualdad de la mujer. Algunas desde luego no solamente son claramente desfavorecedoras de la igualdad, sino que pueden producir los efectos contrarios a los pretendidos, como la rigidez en el mercado de trabajo por el intento de favorecer la maternidad, o la exigencia de derechos laborales que disuaden a los empresarios de la contratación. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN).

## LEY 5/2001, DE 17 DE MAYO DE 2001, DE PREVENCIÓN DE MALOS TRATOS Y DE PROTECCIÓN A LAS MUJERES MALTRATADAS, DE CASTILLA-LA MANCHA.

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Cada cinco días muere en España una mujer como consecuencia de malos tratos producidos por su esposo o compañero. Cada año se producen en nuestro país más de medio millón de agresiones delictivas a mujeres en el ámbito familiar sin que muchas de estas conductas puedan ser juzgadas en los tribunales debido al miedo o la vergüenza que impide la correspondiente denuncia de la víctima.

En Castilla-La Mancha se producen quince mil casos de malos tratos cada año y durante los dos últimos años han fallecido, como consecuencia de los mismos, cinco mujeres. El número de denuncias anuales presentadas por este tipo de delitos se aproxima al millar.

Este grave problema, que convulsiona la conciencia de

cualquier ciudadano sensible no provoca, sin embargo, el rechazo social que acompaña a otras formas de violencia. A la vez, produce verdadera alarma debido a que los poderes públicos no han hecho todo lo que es obligado para combatir esta lacra social que, a veces, se trata de esconder bajo un manto de silencio cómplice.

Ningún Gobierno puede desentenderse de este problema, pensando que son solamente los Jueces quienes han de hacerse cargo de él. La violencia contra las mujeres ha de ocupar a los Jueces como delito grave que es, pero además es un asunto de Gobierno que exige políticas activas e iniciativas concretas.

La lucha efectiva contra la violencia que padecen las mujeres debe desarrollarse en el espacio de la vida pública, porque se trata de una flagrante violación de los dere-

## LEGISLACIÓN

chos humanos que hay que combatir con toda la fuerza y todos los instrumentos del sistema democrático, para impedir que día a día se siga practicando esa especie de terror de puertas adentro del hogar por quienes de puertas afuera pretenden aparecer como ciudadanos de intachable conducta.

Garantizar la publicidad de la justicia y el conocimiento de las sentencias firmes en este tipo de delitos, persigue conseguir que la acción de la justicia contribuya, como debe, a crear un clima social de rechazo al delito que se combate. La pena que el juez imponga en cada caso debe ser respetada en sus estrictos términos, pero además los poderes públicos son responsables de que no se arroje un manto de silencio sobre el crimen para que no se juzgue, o sobre la propia condena para que no se conozca.

A este respecto, la presente Ley prevé un programa de actuaciones que favorezca la readaptación voluntaria del agresor.

La Administración Regional ha creado una amplia Red de recursos de protección a las mujeres maltratadas: Casas de Acogida, Centros de Urgencias, Centros de atención a mujeres jóvenes, Teléfono gratuito de atención 24 horas y programas de asistencia jurídico-procesal y psicológica. Quizá, por ello, Castilla-La Mancha sea la región española donde menos denuncias por malos tratos se retiran una vez presentadas por las víctimas. Sin embargo, es necesario ordenar y ampliar los instrumentos legales que garanticen la sensibilización, prevención y asistencia a mujeres víctimas de violencia.

La presente Ley quiere ser un paso eficaz para combatir la violencia doméstica, así como un instrumento para garantizar las medidas de asistencia jurídica a mujeres víctimas de violencia y para hacer efectivo el asesoramiento y la asistencia letrada en juicio.

También contempla la ley el ejercicio de la acción popular por parte de la Administración Pública en los procedimientos penales, cuando su intervención contribuya a defender los derechos de la víctima o a proteger los intereses públicos presentes en el caso.

Por otra parte, recoge de forma novedosa, un sistema de ayudas públicas para el acceso a la vivienda y al empleo en beneficio de las mujeres víctimas o de sus hijos o ascendientes cuando éstos dependan de aquella. Igualmente, se ordena un marco de ayudas económicas para paliar las consecuencias de las agresiones sobre la mujer o sus hijos.

El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en su artículo 31, apartado primero, párrafos 1 y 20, reconoce la competencia exclusiva de la Administración Autónoma para la organización, régimen y funcionamiento de sus Instituciones de Autogobierno y la protección y tutela de los grupos sociales necesitados de especial atención, entre los que, indudablemente, está incluida la mujer víctima de malos tratos.

## TÍTULO I

## DISPOSICIONES GENERALES

**Artículo 1.- Objeto.**

La presente Ley tiene por objeto prevenir la violencia contra las mujeres, así como proteger y asistir a las víctimas.

**Artículo 2.- Ámbito de aplicación.**

Las medidas contempladas en la presente Ley serán de aplicación a quienes tengan la condición de ciudadanos castellano-manchegos, en los términos establecidos en el artículo 3 del Estatuto de Autonomía.

## TÍTULO II

## MEDIDAS DE SENSIBILIZACIÓN

**Artículo 3.- Investigación.**

- 1.- La Administración Regional promoverá la investigación sobre las causas y las consecuencias de la violencia contra las mujeres, así como sobre la eficacia de las medidas aplicadas para impedir la y reparar sus efectos.
- 2.- Los resultados de la investigación se darán a conocer públicamente para fomentar el debate social y valorar las medidas destinadas a erradicar este tipo de violencia.
- 3.- Se presentará al Consejo Regional de la Mujer un plan plurianual que recoja los objetivos específicos de la investigación en materia de violencia contra las mujeres.

**Artículo 4.- Educación.**

Con el objetivo de garantizar en el ámbito educativo la efectiva igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el Gobierno Regional, en el plazo de un año, llevará a cabo la adaptación de los contenidos, procedimientos, actitudes y valores que conforman el currículum educativo. -

**Artículo 5.- Formación.**

La Administración Regional pondrá en marcha un programa de formación, al que podrán tener acceso gratuito todos los profesionales relacionados con el objeto de la presente Ley. Entre otros y especialmente a los docentes, sanitarios, trabajadores sociales, empleados de la Administración Local, de la Administración Regional, de la Administración de Justicia, cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado y Policía Local.

**Artículo 6.- Apoyo al movimiento asociativo.**

El Gobierno Regional establecerá un plan de ayudas económicas para las asociaciones que lleven a cabo actividades para erradicar la violencia contra las mujeres.

**Artículo 7.- Campañas de sensibilización.**

- 1.- La Administración Regional realizará campañas de sensibilización contra la violencia hacia las mujeres en el ámbito de Castilla-La Mancha.
- 2.- Asimismo, se dará a conocer públicamente el Informe Anual regulado en el artículo 11 de esta Ley, con las

## LEGISLACIÓN

actuaciones realizadas por el Gobierno Regional en materia de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas.

- 3.- La Administración Regional impulsará todo tipo de manifestaciones culturales y artísticas que caminen en la dirección y el objeto de esta Ley en los que sus promotores propongan estrategias o espacios realmente eficaces para sensibilizar a la sociedad en la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.
- 4.- La programación del Ente Público de Radio Televisión de Castilla-La Mancha tendrá entre sus objetivos fundamentales promover la sensibilización de la sociedad castellano manchega en materia de género.

## TÍTULO III

## MEDIDAS DE ACCIÓN PREVENTIVA

Artículo 8.- Centros de la Mujer.

Todos los municipios o mancomunidades de más de 5.000 habitantes contarán con un Centro de la Mujer que se creará en colaboración con las demás administraciones públicas o con entidades privadas sin fin de lucro, garantizando la asistencia jurídica y psicológica a todas las mujeres maltratadas de Castilla-La Mancha que lo soliciten. En todo caso se asegurará la cobertura de este servicio en todo el territorio regional.

**Artículo 9.- Atención permanente.**

Con ámbito regional se establecerá un servicio permanente de información, asistencia y asesoramiento para mujeres con dispositivos de alarma de localización inmediata.

**Artículo 10.- Mediación familiar.**

La Administración Regional, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar, ofrecerá gratuitamente programas de mediación familiar dirigidos a todos los miembros de la familia, de forma individual y en su conjunto.

**Artículo 11.- Seguimiento e información sobre las actuaciones en materia de violencia contra las mujeres.**

El Gobierno remitirá a las Cortes, al menos con carácter anual, un Informe en el que preceptivamente se contengan:

- a) Los recursos humanos, asistenciales y económicos destinados por la Administración Regional a la prevención de los malos tratos y a la protección de las mujeres víctimas de ellos.
- b) Información sobre el número de denuncias presentadas por malos tratos a mujeres.
- c) Las actuaciones desarrolladas por la Administración Regional para dar asistencia a las mujeres maltratadas.
- d) Los procedimientos penales iniciados sobre violencia doméstica con indicación de su número, la clase de procedimiento penal, el delito o falta imputado y la

intervención de la Administración Regional en dichos procedimientos.

La reproducción de las Sentencias firmes condenatorias sobre violencia doméstica cuando se cuente con el consentimiento de la víctima o, cuando ésta no pudiere prestarlo, con el consentimiento de las personas perjudicadas.

En todo caso, se respetará la intimidad de la víctima, su entorno familiar y fundamentalmente la intimidad de los menores afectados.

- e) Las actuaciones llevadas a cabo para la readaptación de los agresores.
- f) Las actividades llevadas a cabo por el Gobierno Regional en materia de prevención y sensibilización contra la violencia hacia las mujeres.

## TÍTULO IV

## MEDIDAS DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS

## CAPÍTULO I

## CENTROS Y SERVICIOS DE ASISTENCIA

**Artículo 12.- Centros de Urgencia y Casas de Acogida.**

Todas las capitales de provincia y los municipios con población superior a 25.000 habitantes contarán con Centros de Urgencia o Casas de Acogida que proporcionarán apoyo inmediato y protección a las mujeres víctimas de la violencia y a sus hijos.

**Artículo 13.- Acceso a la vivienda.**

- 1.- Se reconoce un derecho preferente para la adjudicación de viviendas de promoción pública y para las ayudas regionales de acceso a viviendas de protección oficial a las mujeres víctimas de malos tratos, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.
- 2.- Las mujeres maltratadas que hayan dejado la Casa de Acogida tendrán derecho a un alojamiento provisional gratuito cuando lo precisen por su situación socio-laboral.

**Artículo 14.- Integración socio-laboral.**

- 1.- El Gobierno Regional subvencionará a las empresas o entidades que contraten a mujeres víctimas de violencia familiar y a ellas mismas cuando se constituyan en trabajadoras autónomas, en las condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre garantizando la intimidad de la víctima.
- 2.- Dentro de los planes de formación para el empleo que contemplan programas específicos para las mujeres, se incluirán acciones formativas destinadas a mujeres víctimas de violencia, durante su estancia en las Casa de Acogida y dentro del primer año posterior a su salida de las mismas.

## CAPÍTULO II

## ASISTENCIA JURÍDICA

**Artículo 15.- Defensa Jurídica.**

- 1.- El Gobierno Regional ofrecerá asistencia jurídica gratui-

## LEGISLACIÓN

ta a todas las mujeres que hayan sido víctimas de violencia doméstica, y en su caso, a sus herederos o persona que legalmente la represente, cuando concurren situaciones especiales.

2.- La Administración Regional podrá convenir la prestación de este servicio con entidades y asociaciones.

**Artículo 16.- Ejercicio de la acción popular.**

La Administración Regional ejercitará la acción popular en los procedimientos penales por malos tratos, siempre que la víctima lo solicite o cuando las especiales circunstancias lo aconsejen, en la forma que establezca la legislación procesal del Estado.

**CAPÍTULO III**

**AYUDAS DE SOLIDARIDAD A MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA**

**Artículo 17.- Subvenciones a las víctimas de violencia.**

Las mujeres víctimas de violencia que sufran lesiones, tengan secuelas o daños psíquicos graves tendrán derecho a percibir una subvención económica del Gobierno Regional en las condiciones y cuantía que se determinen por Decreto.

**Artículo 18.- Asistencia psicológica.**

Las mujeres víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a asistencia psicológica gratuita.

**CAPÍTULO IV**

**ATENCIÓN A MENORES**

**Artículo 19.- Intervención administrativa.**

Cuando una mujer, con menores a su cargo, denuncie una situación de violencia, la Administración Regional, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Menor de Castilla-La Mancha intervendrá para realizar un seguimiento de la situación en el propio entorno familiar y, en su caso, podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Apreciar la situación de riesgo o declarar la situación de desamparo de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil.

b) Ofrecer a la mujer víctima y a sus hijos menores un programa de intervención o de acogimiento familiar.

**CAPÍTULO V**

**PROGRAMAS DE ATENCIÓN A LOS AGRESORES**

**Artículo 20.- Readaptación de los agresores.**

En coordinación con las demás administraciones, el Gobierno regional facilitará gratuitamente programas orientados a la readaptación de los agresores ofreciendo asistencia psicológica y tratamiento específico para aquellos que lo deseen.

**DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA**

Los datos personales de todo tipo que figuren en el Informe al que se refiere el artículo 11 de esta Ley no podrán ser incluidos en fichero, ni ser tratados, ni cedidos en los términos que para estos conceptos establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyos preceptos deberán ser siempre respetados en aplicación de esta Ley.

**DISPOSICIONES FINALES**

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

**SEGUNDA:** El Consejo de Gobierno dictará, en el plazo de seis meses, las disposiciones necesarias para la aplicación de la presente Ley.

Toledo, 17 de mayo de 2001

El Presidente

JOSÉ BONO MARTÍNEZ

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (SALA SEXTA), DE 7 DE DICIEMBRE DE 2000. IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

### TEXTO DE LA SENTENCIA

En el asunto C-79/99, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Julia Schnorbus y Land Hessen, una decisión prejudicial sobre la interpretación 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), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta), integrado por el Sr. C. Gulmann, Presidente de Sala; los Sres. V. Skouris, J.-P. Puissechet (Ponente) y R. Schintgen y la Sra. F. Macken, Jueces; Abogado General: Sr. F.G. Jacobs; Secretario: Sr. R. Grass; consideradas las observaciones escritas presentadas: -en nombre del Land Hessen, por el Sr. R.P. Eckert, Ministerialrat del Hessisches Ministerium der Justiz und für Europaangelegenheiten, en calidad de Agente; -en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. C. Schmidt y el Sr. A. Aresu, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes; visto el informe del Juez Ponente; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 6 de julio de 2000; dicta la siguiente

#### Sentencia

- Mediante resolución de 18 de enero de 1999, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de marzo siguiente, el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), ocho cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70; en lo sucesivo, «Directiva»).
- Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Schnorbus y el Land Hessen (Land de Hesse) acerca del aplazamiento de la admisión de la interesada a las prácticas jurídicas preparatorias que preceden al segundo examen de Estado de la carrera de Derecho.

#### Marco jurídico

- Según el artículo 1, apartado 1, de la Directiva:
 

«La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la seguridad social. Este principio se llamará en lo sucesivo principio de igualdad de trato.»
- El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva, dispone:
 

«1.El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de

sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

[...]

- La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.»

- El artículo 3 de la Directiva dispone:

«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.

2.Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

- se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;

[...]

- A tenor del artículo 4 de la Directiva:

«La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, de formación, de perfeccionamiento y de reciclaje profesionales, implica que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

- se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;

[...]

- sean accesibles, según los mismos criterios y a los mismos niveles sin discriminación por razón de sexo, la orientación, la formación, el perfeccionamiento y el reciclaje profesionales, sin perjuicio de la autonomía reconocida en determinados Estados miembros a algunos centros privados de formación.»

- Por último, el artículo 6 de la Directiva dispone:

«Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.»

- Según el artículo 12a, apartados 1 y 2, de la Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Ley fundamental de la República Federal de Alemania; en lo sucesivo, «Grundgesetz»):

«1.Los varones que hayan cumplido dieciocho años de edad podrán ser obligados a prestar servicios en las Fuerzas Armadas, en la Policía Federal de Fronteras o en una unidad de Defensa Civil.

- Quien por razones de conciencia rehúse el servicio militar con las armas, podrá ser obligado a prestar un servicio de sustitución [...]

9. El artículo 5 de la Wehrpflichtgesetz (Ley del servicio militar obligatorio) fija en diez meses la duración del servicio militar obligatorio y el artículo 25 de la Zivildienstgesetz (Ley del servicio civil) establece que la duración del servicio civil es de tres meses más.
10. En virtud del artículo 18a de la Hessisches Beamtengesetz (Ley del Land de Hesse de la función pública), en la versión de la Ley de 11 de enero de 1989 (GVBl. I, p. 26), modificada por la Ley de 18 de diciembre de 1997 (GVBl. I, p. 429), podrá denegarse la admisión a las prácticas jurídicas preparatorias para una fecha determinada cuando las plazas y los medios financieros disponibles en el presupuesto del Land sean insuficientes.
11. Según el artículo 23, apartado 1, de la Juristenausbildungsgesetz (Ley relativa a la formación de juristas), en su versión de 19 de enero de 1994 (GVBl. I, p. 74; en lo sucesivo, «JAG»):  
«Quien haya aprobado el primer examen de Estado y así lo solicite será admitido al servicio de prácticas jurídicas preparatorias y nombrado jurista en prácticas [Rechtsreferendarin o Rechtsreferendar] en condición de funcionario revocable [...]»
12. El artículo 24 de la JAG dispone:  
1. Los juristas en prácticas ingresarán con efectos del primer día laborable de los meses de enero, marzo, mayo, julio, septiembre o noviembre.  
2. Si el número de solicitudes de admisión a las prácticas jurídicas preparatorias presentadas dentro de plazo para un día de incorporación concreto superara el número de las plazas disponibles, su ingreso podrá aplazarse hasta doce meses, salvo si circunstancias excepcionales constitutivas de un caso de rigor impiden el aplazamiento. La selección de las personas cuya contratación deba ser aplazada se efectuará por sorteo.»
13. Por último, según el artículo 14a del Juristenausbildungsordnung (Reglamento relativo a la formación de juristas), en su versión de 8 de agosto de 1994 (GVBl. I, p. 334; en lo sucesivo, «JAO»):  
«1. Existirán las circunstancias excepcionales constitutivas de un caso de rigor, en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la JAG, cuando el aplazamiento implique desventajas para la candidata o el candidato que, aplicando un criterio estricto, superen considerablemente los perjuicios ocasionados normalmente por dicho aplazamiento.  
2. Se considerarán casos de rigor los siguientes:  
[...]  
4) la prestación de un servicio obligatorio en el sentido del artículo 12a, apartados 1 y 2, de la Grundgesetz o el ejercicio de una actividad de un mínimo de dos años como colaboradora o colaborador en el sentido de la Entwicklungshelfergesetz [Ley de la ayuda al desarrollo] de 18 de junio de 1969 (BGBl. I, p. 549), modificada por la Ley de 18 de diciembre de 1989 (BGBl. I, p. 2261), o la prestación de un año de voluntariado social con arreglo a la Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres [Ley de promoción del voluntariado social anual] de 17 de agosto de 1964 (BGBl. I, p. 640), modificada por la Ley de 18 de diciembre de 1989 (BGBl. I, p. 2261).»
- El litigio principal**
14. En octubre de 1997, la Sra. Schnorbus aprobó el primer examen de Estado de la carrera de Derecho. En virtud de la legislación federal y de la del Land de Hesse, para obtener un puesto en la magistratura o en la alta función pública, se requiere haber efectuado prácticas jurídicas preparatorias y, posteriormente, aprobar el segundo examen de Estado. Para ello, la interesada solicitó al Hessisches Ministerium der Justiz und für Europaangelegenheiten (Ministerio de Justicia y de Asuntos europeos del Land de Hesse; en lo sucesivo, «Ministerio») su admisión para comenzar las prácticas que se iniciaban en enero de 1998.
15. Mediante escrito de 16 de diciembre de 1997, el Ministerio desestimó la solicitud de la Sra. Schnorbus, informándola de que, habida cuenta del considerable número de candidaturas, había tenido que efectuar una selección con arreglo al artículo 24, apartado 2, de la JAG. Mediante escrito de 11 de febrero de 1998, el Ministerio la informó de que, por las mismas razones, tampoco podía ser admitida en las prácticas siguientes, que se iniciaban en marzo de 1998, para las que había mantenido su candidatura.
16. En consecuencia, el 13 de febrero de 1998, la interesada interpuso un recurso administrativo previo contra la negativa a admitirla en las prácticas jurídicas preparatorias, alegando que el procedimiento de selección implicaba una discriminación de las mujeres a causa de la preferencia concedida a los candidatos que hubieran prestado el servicio militar o civil obligatorio, que sólo puede ser efectuado por hombres. Este recurso fue desestimado el 2 de abril de 1998 porque la norma controvertida, encaminada a compensar la desventaja sufrida por los candidatos obligados a cumplir el servicio militar o civil, se basaba en un criterio de diferenciación justificado.
17. Paralelamente a su recurso administrativo previo, la Sra. Schnorbus presentó una demanda de medidas provisionales ante el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main para que se la nombrara jurista en prácticas a partir del inicio del mes de marzo de 1998. Este órgano jurisdiccional estimó su demanda mediante auto de 23 de febrero de 1998, pero éste fue anulado el 27 de febrero de 1998 por el Hessischer Verwaltungsgerichtshof.
18. Por último, el 9 de abril de 1998, la Sra. Schnorbus interpuso un recurso sobre el fondo ante el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, con el objeto de que se declarase la ilegalidad de la negativa opuesta por el Ministerio y de que se condenase al Land de Hesse a admitirla como jurista en las prácticas que comenzaban en mayo de 1998. Mediante escrito de 28 de abril de 1998, se le comunicó que se le había asignado una plaza al término de la selección efectuada para este último período, por lo que la demandante desistió de su demanda relativa a este período de prácticas, pero mantuvo sus pretensiones con el fin de obtener la declaración de ilegalidad de las decisiones precedentes, en la medida en que constituían, en su opinión, una discriminación en su contra por su condición de mujer.
19. El Verwaltungsgericht, favorable a estimar la demanda de la interesada, principalmente por el hecho de que los candidatos masculinos, que son los únicos que pueden cumplir uno de los requisitos previstos para obtener la prioridad de acceso a las prácticas jurídicas preparatorias, son mucho más numerosos en beneficiarse de esta prioridad que los candidatos femeninos, cuyo número total es no obstante superior, estimó, habida cuenta de la posición contraria adoptada por el Hessischer Verwaltungsgerichtshof en el marco del procedimiento de medidas provisionales, que no podía pronunciarse directamente.
20. Por ello, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de

Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Conforme al régimen establecido en los artículos 24, apartado 2, de la JAG y 14a de la JAO, cuando el número de solicitudes de admisión al juristischer Vorbereitungsdienst [prácticas jurídicas preparatorias] supere el número de plazas reservadas para la formación, la prestación de un servicio obligatorio que sólo están obligados a prestar los hombres (servicio militar o civil con arreglo al artículo 12a de la Grundgesetz) tiene influencia en la decisión de admisión en el sentido de que el candidato interesado debe ser admitido inmediatamente sin otros requisitos, mientras que la admisión de candidatas y otros candidatos puede posponerse hasta doce meses. ¿Está incluido este régimen en el ámbito de aplicación 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)?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

En la medida en que dichas disposiciones dan lugar a la admisión preferente a las prácticas jurídicas preparatorias de los candidatos de sexo masculino que hayan prestado un servicio obligatorio, ¿originan una discriminación directa por razón de sexo en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207?

3) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión:

¿Da lugar el régimen alemán a una discriminación indirecta?

4) Habida cuenta de que el citado régimen produce automáticamente la admisión preferente de los hombres a las prácticas jurídicas preparatorias, sin que la decisión al respecto vaya precedida del examen de circunstancias particulares de cada caso o de otros criterios que pudieran favorecer a los demás candidatos o candidatas, ¿carece de justificación dicho régimen con respecto al artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 por el mero hecho de que excede de una medida destinada a promover la igualdad de oportunidades?

5) En caso de respuesta negativa a la cuarta cuestión:

¿Debe descartarse la justificación del citado régimen con respecto al artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 por el hecho de que las únicas medidas que esta disposición autoriza son las destinadas a promover la igualdad de oportunidades en favor de las mujeres?

6) En caso de respuesta negativa a la quinta cuestión:

La circunstancia de que, conforme al artículo 12a, apartados 1 y 2, de la Grundgesetz, las obligaciones del servicio militar o civil incumban exclusivamente a los hombres, ¿constituye una desigualdad de hecho en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, que menoscaba por sí sola las oportunidades de los hombres en los ámbitos citados en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva, o bien debe tenerse igualmente en cuenta a este respecto las desventajas de hecho sufridas por las mujeres por razón de su sexo en el mundo laboral y los riesgos de que se produzcan dichas desventajas?

7) ¿El régimen establecido en los artículos 24, apartado 2, de la JAG y 14a de la JAO puede justificarse con respecto al artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 por la única razón de que compensa desventajas a las que no están expuestas las mujeres, al no estar sometidas a la obligación de prestar un servicio obligatorio?

8) ¿Puede deducirse del artículo 6 de la Directiva 76/207 que confiere un derecho de acceso a la formación cuando la denegación de dicho acceso se basa en una discriminación y no existe ningún otro régimen sancionador que reconozca derechos a indemnización?»

#### Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

21. Tras referirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Land de Hesse manifiesta sus dudas sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales. En su opinión, las disposiciones nacionales controvertidas ya no están en vigor, porque el procedimiento de admisión a las prácticas jurídicas preparatorias fue modificado sustancialmente en mayo de 1998. Además, aun cuando no hubiera resultado seleccionada con prioridad ninguna persona que hubiera prestado el servicio militar o civil obligatorio, la Sra. Schnorbus no habría podido obtener una plaza en marzo de 1998 a causa del sorteo que le fue desfavorable (ocupaba el lugar 250.º, cuando solamente existían 140 plazas disponibles). Por último, afirma que la respuesta a las cuestiones planteadas carece de relevancia para la resolución del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, debido a la inadmisibilidad del recurso de declaración de ilegalidad interpuesto por la demandante por su falta de interés para ejercitar la acción.

22. Sobre este punto, basta con recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, corresponde exclusivamente al Juez nacional, que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del litigio de que conoce, la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia (véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 59, y de 17 de noviembre de 1998, Aprile, C-228/96, Rec. p. I-7141, apartado 11). Además, al Tribunal de Justicia no le corresponde verificar si la resolución de remisión ha sido adoptada de acuerdo con las normas procesales y de organización del Derecho nacional (véase, especialmente, la sentencia de 11 de julio de 1996, SFEI y otros, C-39/94, Rec. p. I-3547, apartado 24).

23. En consecuencia, puesto que las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está obligado, en principio, a pronunciarse. Sólo puede ser de otra manera cuando resulte evidente que la interpretación solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando el problema es de naturaleza hipotética y el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencias Bosman, antes citada, apartado 61, y de 13 de julio de 2000, Idéal tourisme, C-36/99, aún no publicada en la Recopilación, apartado 20).

24. Por no ser éste el caso de autos, procede examinar las cuestiones planteadas.

#### Sobre la primera cuestión

25. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, básicamente, si disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal, por cuanto regulan las fechas de admisión a prácticas jurídicas preparatorias, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

26. El Land de Hesse propone responder a esta cuestión de forma negativa. En su opinión, las disposiciones controvertidas sólo se refieren al

período de espera previo a la admisión, garantizada legalmente, a las prácticas jurídicas preparatorias y no contienen elementos que puedan justificar la aplicación de la Directiva.

27. La Comisión considera, por el contrario, que no corresponde establecer una distinción entre el acceso a las prácticas propiamente dicho y el período de espera previo a la admisión a estas prácticas. En su opinión, las prácticas jurídicas preparatorias constituyen, a la vez, un período de formación y un empleo, y las disposiciones que regulan los requisitos de acceso a ellas, incluidos los que se refieren al tiempo, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.
28. A este respecto, basta con observar que las disposiciones controvertidas establecen los requisitos según los cuales la admisión de los candidatos a las prácticas jurídicas preparatorias puede posponerse o no a causa de un número insuficiente de plazas disponibles. Puesto que dichas prácticas constituyen un período de formación y una condición previa necesaria para acceder a un empleo en la magistratura o en la alta función pública, dicho retraso puede incidir en el desarrollo de la carrera de los interesados. Por lo tanto, disposiciones de esta naturaleza están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, que se aplica a las relaciones de empleo del sector público (véanse las sentencias de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania, 248/83, Rec. p. 1459, apartado 16, y de 2 de octubre de 1997, Gerster, C-1/95, Rec. p. I-5253, apartado 18).
29. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que las disposiciones nacionales que regulan las fechas de admisión a unas prácticas jurídicas que constituyen una condición previa necesaria para acceder a un empleo en la función pública están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

#### Sobre la segunda cuestión

30. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal, en la medida en que dan lugar a una admisión preferente a las prácticas jurídicas preparatorias de los candidatos masculinos que hayan prestado un servicio civil o militar obligatorio, constituyen una discriminación directa por razón de sexo.
31. El Land de Hesse y la Comisión proponen que se responda negativamente a esta cuestión. Estiman, en particular, que las personas favorecidas por las normas controvertidas no lo son por razón del sexo del candidato, sino debido a inconvenientes que resultan de un aplazamiento y que pueden ser sufridos de la misma manera por los hombres y por las mujeres.
32. Como se ha señalado en el apartado 13 de la presente sentencia, el artículo 14a de la JAO contempla determinadas circunstancias que pueden ser tenidas en cuenta para el acceso prioritario a las prácticas jurídicas preparatorias. Entre ellas figura haber prestado un servicio militar o civil obligatorio. En tal caso, no puede considerarse que el beneficio de la prioridad prevista por las disposiciones antes mencionadas constituya una discriminación directamente basada en el sexo de las personas interesadas.
33. Pues bien, según los criterios definidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede considerarse que sólo las disposiciones que se aplican de forma diferente en función del sexo de las personas interesadas constituyen una discriminación directamente basada en el sexo

(véase, especialmente, la sentencia de 17 de febrero de 1998, Grant, C-249/96, Rec. p. I-621, apartado 28).

34. Por lo tanto, procede responder a la segunda cuestión que disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal no constituyen una discriminación directamente basada en el sexo.

#### Sobre la tercera cuestión

35. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal, por cuanto tienen por efecto dar lugar a una admisión preferente a las prácticas jurídicas preparatorias de los candidatos masculinos que hayan prestado un servicio militar o civil obligatorio, constituyen una discriminación indirecta por razón de sexo.
36. El Land de Hesse propone una respuesta negativa. Señala que la determinación de los casos de rigor previstos por las disposiciones controvertidas se basa en criterios independientes del sexo de las personas de que se trata y que los datos estadísticos invocados por el órgano jurisdiccional remitente, que sólo se refieren a una fecha de admisión, no son significativos.
37. La Comisión considera, por el contrario, que estos datos estadísticos, según los cuales el porcentaje de candidatos de sexo femenino admitidos a las prácticas de marzo de 1998 en concepto de casos de rigor era considerablemente inferior al de los candidatos de sexo masculino, pese a que las mujeres representaban alrededor del 60 % del número total de candidaturas, revelan una discriminación indirecta en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
38. Sin embargo, en el presente asunto, no es necesario analizar las consecuencias concretas de la aplicación de la JAO. En efecto, basta con señalar que al dar prioridad a los candidatos que han prestado un servicio militar o civil obligatorio, las disposiciones controvertidas revelan, por sí mismas, una discriminación indirecta puesto que, en virtud del Derecho nacional aplicable, las mujeres no están sujetas a la obligación de prestar el servicio militar y, por lo tanto, no pueden acogerse a la prioridad prevista por las mencionadas disposiciones de la JAO para los casos de rigor.
39. En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión que disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal constituyen una discriminación indirecta por razón de sexo.

#### Sobre las cuestiones cuarta, quinta, sexta y séptima

40. Mediante dichas cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta básicamente si la normativa controvertida no puede justificarse con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva porque dicha normativa implica automáticamente la admisión preferente de los hombres, a quienes no va dirigida esta disposición, o, por el contrario, si debe admitirse tal justificación porque compensa inconvenientes a los que no se ven confrontadas las mujeres.
41. El Land de Hesse estima que la admisión con carácter de excepción prevista por la normativa controvertida no es en absoluto automática, puesto que implica un examen específico de la situación de cada candidato. Además, aduce que esta normativa está justificada por el único motivo de que su finalidad es compensar desventajas a las que no se ven confrontadas las mujeres, habida cuenta de que no están sujetas a la obligación de prestar el servicio nacional.

42. Tras haber señalado que las medidas contempladas en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva pueden referirse tanto a los hombres como a las mujeres, la Comisión también estima que la normativa controvertida está justificada, en la medida en que su finalidad es reducir la desigualdad que sufren los hombres debido a la obligación de prestar un servicio militar o civil.
43. Como se ha señalado en el apartado 38 de la presente sentencia, una disposición que concede prioridad a las personas que hayan prestado un servicio militar o civil obligatorio, revela una discriminación indirecta a favor de los hombres que son los únicos legalmente sometidos a dicha obligación.
44. Sin embargo, la disposición controvertida, que se basa en la consideración del retraso sufrido en los estudios de los candidatos que hayan estado sujetos a la obligación de prestar el servicio militar o civil, presenta un carácter objetivo y está inspirada en la única preocupación de contribuir a compensar los efectos de ese retraso.
45. En tal caso, no puede considerarse que la disposición controvertida sea contraria al principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras.
46. Además, como señala la Comisión, la ventaja conferida a los interesados, cuya prioridad puede aplicarse en perjuicio de los demás candidatos durante un período máximo de doce meses, no es desproporcionada, ya que el retraso que han sufrido a causa de las citadas actividades es, por lo menos, equivalente a dicha duración.
47. En consecuencia, procede responder a las cuestiones mencionadas que la Directiva no se opone a disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal, en la medida en que están justificadas por razones objetivas e inspiradas únicamente por la preocupación de contribuir a compensar el retraso derivado de la prestación del servicio militar o civil obligatorio.

#### Sobre la octava cuestión

48. Habida cuenta de las respuestas dadas a las cuestiones precedentes, no procede responder a la octava.

#### Costas

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

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main mediante resolución de 18 de enero de 1999, declara:

- 1) Las disposiciones nacionales que regulan las fechas de admisión a prácticas jurídicas preparatorias que constituyen un requisito previo para acceder a un empleo en la función pública están comprendidas en el ámbito de aplicación 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.

- 2) Disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal no constituyen una discriminación directamente basada en el sexo.
- 3) Disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal constituyen una discriminación indirecta por razón de sexo.
- 4) La Directiva 76/207 no se opone a disposiciones nacionales como las controvertidas en el litigio principal, en la medida en que están justificadas por razones objetivas e inspiradas únicamente por la preocupación de contribuir a compensar el retraso derivado de la prestación del servicio militar o civil obligatorio.

Gulmann

Skouris

Puissochet

Schintgen Macken

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 7 de diciembre de 2000.

El Secretario

R. Grass

El Presidente de la Sala Sexta

C. Gulmann

### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CE DE 7 DE DICIEMBRE DE 2000

La legislación europea, en consonancia con los principios que rigen el derecho comunitario, intenta consolidar a través de las directivas, un corpus normativo que cumpla las exigencias propias de los Estados Sociales de Derecho.

En ese sentido, la directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, ya considera obligación de los Estados miembros, el principio de unidad de trato entre los hombres y las mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo. El contenido esencial de ese derecho, no se satisface de manera formal con esta proclamación, sino que es necesario que esa igualdad de oportunidades se cumpla realmente. En el caso de que el acceso al mercado no se haga en condiciones de igualdad, aunque estemos todavía en un momento anterior a la contratación, no se puede considerar satisfecho el derecho, sino que hay que estar vigilantes a las trampas que muchas veces impiden llegar al mercado, no solamente a aquellas que impiden permanecer, sino a las que las mujeres sufren antes de la posibilidad misma de ser contratadas. En este sentido es importante la sentencia que analizamos. La posibilidad de ser admitida a unas prácticas preparatorias, que permitirían luego a la recurrente, la eventual entrada en un puesto de trabajo, constituyen causa de discriminación cuando por la razón de arbitrariedad, esa persona no es llamada teniendo que serlo, a la realización de esas prácticas.

Pues bien, en este caso que analizamos, el Tribunal debe decidir si hay prioridad para el ejercicio de esas prácticas entre una mujer, o entre un hombre que ha visto retrasado su acceso a las pruebas como consecuencia de la realización del servicio militar. Entiende el Tribunal que la normativa estatal por la que se da prioridad al hombre en razón del

cumplimiento del servicio militar, no viola la directiva comunitaria.

Con esta decisión, el Tribunal ha tenido que ponderar entre estos bienes en presencia: por una parte, el derecho individual a que un hombre no retrase su desarrollo que ha visto postergado como consecuencia del cumplimiento del servicio militar. Por otra parte, el derecho de género, de que las mujeres como colectivo, tengan una preferencia en el acceso al mercado de trabajo.

Como se puede ver, el Tribunal ha valorado en este caso un derecho de configuración individual sobre un derecho de configuración colectiva. Considera una razón lo suficientemente objetiva la realización del servicio militar, y por tanto no es contrario a la directiva

un precepto que priorice tal circunstancia.

Ahora bien, ¿Qué habría ocurrido si el Tribunal en lugar de adoptar esta perspectiva hubiera considerado otro factor, que es coherente con la teleología de la propia directiva, la de entender que deben acortarse las distancias de género en el acceso al mercado de trabajo?. Naturalmente no se nos oculta que en este caso, la consecuencia habría venido determinada justamente en sentido contrario. Necesariamente se habría tenido que dar la opción a la mujer.

La consecuencia mas clara que se obtiene del análisis de la jurisprudencia en relación con la perspectiva de género consiste precisamente en la ausencia del género como valor a la hora de analizar los intereses en presencia. (MARÍA DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 311, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2000. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE UNA MUJER CASADA E INCAPACITADA.

### TEXTO DE LA SENTENCIA

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 Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1158/98, interpuesto por doña Encarnación Palomo Cayón, en su calidad de tutora de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo, representadas ambas por la Procuradora doña Pilar Iribarren Cavalle y defendidas por el Letrado don Eduardo Estrada Alonso, contra las Sentencias núms. 105 y 106 de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Sexta), de fecha 23 de febrero de 1998, recaídas en apelación de las dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de la misma ciudad, en autos de juicio de separación 580/96 y autos de medidas provisionales 581/96, respectivamente. Ha comparecido el Ministerio Fiscal y don José Luis Valencia Fernández, representado por el Procurador don Antonio María Álvarez Buylla Ballesteros y defendido por el Letrado don Francisco Javier Gracia Menéndez. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo tiene como objeto la impugnación de dos Sentencias de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 23 de febrero de 1998, que confirmaron en apelación sendas Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, dictadas, respectivamente, en el proceso núm. 580/96, de separación matrimonial, y 581/96, de medidas provisionales, de fechas respectivas de 11 de julio y de 9 de julio de 1997, aunque el suplico de demanda extiende la petición de nulidad no sólo a las Sentencias de la Audiencia Provincial, sino a las del Juzgado y al Auto de 2 de abril de 1997, dictado en el procedimiento de medidas provisionales.

Tal y como ha quedado relatado en los antecedentes, dichas resoluciones negaron a la demandante, madre y tutora de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo, la legitimación activa para los referidos procesos con base en el carácter personalísimo de las acciones ejercitadas, que, en criterio de las Sentencias recurridas, impedía la sustitución de la incapaz por su tutora, la entonces y ahora demandante, en el ejercicio de los mismos.

Los derechos fundamentales que la recurrente considera vulnerados, y frente a cuya vulneración solicita el amparo, son los de igualdad del art. 14 CE y de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

La argumentación con la que la demandante justifica las alegadas vul-

neraciones se refiere, en cuanto a la vulneración del art. 14 CE, a la distinción que las Sentencias recurridas justifican entre la situación de las personas capaces y la de las incapacitadas respecto al ejercicio de las acciones que nos ocupan; y en cuanto a la vulneración de la tutela judicial efectiva, se refiere a la privación del acceso a la justicia para el ejercicio de dichas acciones, que, en criterio de la parte, carece de justificación en el régimen de la tutela, al margen del carácter personalísimo de las cuestionadas acciones.

En tesis opuesta a la de la demandante, don José Luis Valencia, esposo de la incapacitada, solicita la desestimación de la demanda, negando la existencia de las vulneraciones alegadas, sosteniendo en su argumentación, recogida en el antecedente 6, la correcta fundamentación de las Sentencias recurridas, tanto al referirse a la distinta posición de las personas capaces y las incapacitadas, cuanto en la negación de la legitimación de la demandante de los procesos *a quo* por el carácter personalísimo de las acciones.

Por último el Ministerio Fiscal niega la vulneración del derecho de igualdad, sobre la base de que la distinción cuestionada por la actora no ha sido determinante de los fallos recurridos, que se basan, a su juicio, exclusivamente en la falta de legitimación; pero sostiene la existencia de la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, coincidiendo en esencia al respecto con la tesis de la demandante.

2. Antes de abordar el análisis de las vulneraciones denunciadas hemos de dilucidar la cuestión referida a la inadmisibilidad del recurso, que plantea el Sr. Valencia Fernández, por la alegada falta de agotamiento de la vía judicial previa al amparo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 44.1 a) en relación con el art. 50.1 a), ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC, en adelante).

Afirma dicha parte en su escrito de alegaciones que se produce esa falta de agotamiento de la vía judicial, porque al tiempo de la interposición del recurso de amparo se encontraba pendiente de resolución en la Sala Primera del Tribunal Supremo un recurso extraordinario de casación en interés de ley, interpuesto por el Ministerio Público contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo en el proceso de separación matrimonial, autos núm. 580/96.

De entrada debe significarse que el posible óbice procesal se daría, en su caso, respecto de esa Sentencia, no respecto de la otra. Pero en cualquier caso, no resulta aceptable la tesis de la inadmisibilidad, habida cuenta de la razón de ser del requisito del agotamiento de la vía judicial previa y del sentido procesal del recurso de casación en interés de ley. Dicha razón de ser, que, a su vez, lo es del carácter subsidiario del recurso amparo, de continua proclamación en la jurisprudencia de este Tribunal, no es otra que la de atribuir a los órganos de la jurisdicción ordinaria la tutela primaria de los derechos fundamentales, dándoles la oportunidad de remediar las vulneraciones de los mismos, antes de que en último término, y si no se ha conseguido el amparo ante ellos, pueda ser elevado el conocimiento de la cuestión ante este Tribunal

Constitucional. Se parte, así, de la posibilidad de un efecto jurisdiccional concreto en el caso de que se trate; en el sentido de que el posible recurso sea idóneo para solucionar en ese caso la lesión constitucional. Pero esa posibilidad no se da, por principio, en el recurso de casación en interés de ley, dada la intangibilidad de lo resuelto en las sentencias recurridas en dicho recurso, establecida en el art. 1788, párrafo 2 in fine LEC, y de la única eficacia atribuida a la sentencia que lo decide, que es "únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito". A la vista de esa regulación legal es claro que para la demandante en este recurso de amparo el de casación en interés de ley resultaba totalmente inoperante en cuanto remedio posible de su lesión constitucional, pues, cualquiera que fuera el signo de dicha sentencia, la lesión permanecería en los términos en que quedó después de la Sentencia de apelación, con lo que no existe razón alguna para hacer depender la admisibilidad de su recurso de amparo de la suerte de un recurso ajeno, como era el interpuesto por el Ministerio Fiscal. Se impone, por tanto, el rechazo de la alegada causa de inadmisibilidad.

3. Aunque la recurrente plantea como lesiones diferenciadas las del derecho de igualdad y la de la tutela judicial efectiva, dada la relación directa que en este caso guarda la primera de dichas lesiones con la segunda empezaremos nuestro estudio de las alegadas vulneraciones por la atinente a la tutela judicial efectiva.

A este fin, y puesto que lo que se cuestiona en este recurso de amparo es la negativa a la recurrente de la legitimación para ejercitar, como tutora de su hija incapacitada, la acción de separación matrimonial y para solicitar las medidas provisionales al efecto, hemos de empezar recordando de modo sumario y en lo pertinente nuestra doctrina sobre el derecho de tutela judicial efectiva y dentro de ella, de modo más concreto, la alusiva a la posible apreciación jurisdiccional de la falta de legitimación.

Al respecto tenemos dicho que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 140/1993, de 19 de abril, FJ 6, y 12/1998, de 15 de enero, FJ 4, entre otras). De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC

4/1988, de 12 de enero, FJ 5; 141/1988, de 29 de junio, FJ 7).

También puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable (por todas, STC 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4 y las en él citadas).

La apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función del Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo, corresponde a este Tribunal como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria o infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o que no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3 y 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4, entre otras muchas).

Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 93/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (STC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3; 12/1996, de 20 de enero, FJ 3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, FJ 2, y 34/1994, de 31 de enero, FJ 3, entre otras muchas, y AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio). Finalmente, hemos dicho que el art. 24.1 CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de

8 de abril, FJ 3, y 210/1992, de 30 de noviembre, FJ 3).

4. En el presente caso, y atendidas las circunstancias en que se ha producido la negación a la recurrente de la legitimación para interponer, como tutora de su hija incapacitada, demanda de separación matrimonial contra el esposo de ésta y procedimiento de medidas provisionales, debe inquirirse si existe un interés legítimo al que se le haya cerrado el acceso a la tutela judicial, en cuyo caso la vulneración del art. 24 CE sería innegable.

Al respecto se ha de observar que en concreto la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación. Ese perjuicio, por ejemplo, puede referirse, bien directamente a la persona del cónyuge, que puede encontrarse incluso en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro cónyuge (piénsese, v.gr., en el supuesto de la causa 4 del art. 82 CC), o que puede afectar de modo inaceptable a su dignidad (v.gr. el supuesto de la causa 1 del propio artículo del CC), o bien a su situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de los deberes conyugales (v.gr. causas 1 y 2 del precepto de reiterada cita).

Dichos intereses y perjuicio posibles pueden darse en los incapacitados casados, e incluso de modo más dramáticamente perceptible en ellos, si quedasen por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta a su cónyuge capaz. Dadas la situación teórica de dicha vitanda sumisión y de dicho indiscutible interés, el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, es precisamente el ejercicio de tal acción.

Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada.

En esas circunstancias la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.

5. La conclusión anterior sería suficiente por sí sola para el otorgamiento del amparo; ahora bien, esta conclusión se corrobora en el presente caso desde la vertiente de la igualdad, en relación con el cónyuge capaz.

En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucio-

nalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE.

#### F A L L O

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Encarnación Palomo Cayón, en su calidad de tutora de la incapacitada doña Encarnación Ballesteros Palomo y, en su virtud:

- 1º Declarar que se han vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva, y a la igualdad.
- 2º Restablecer a la demandante en sus derechos, y a tal fin, anular las Sentencias núms. 105 y 106 de 23 de febrero de 1998, dictadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo en los rollos de apelación núms. 684/97 y 686/97, así como las Sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo en los autos de separación matrimonial y el incidente de oposición a las medidas provisionales núms. 580/96 y 581/96.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.

**Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1158/98.**

1. Con el respeto que siempre me merece el criterio de los Magistrados que con su voto han dado lugar a la presente Sentencia, me parece oportuno adicionar a la fundamentación expresada en ella mi Voto particular concurrente, por entender que dicha fundamentación, que comparto, resulta en exceso autocontenida, hasta el punto de que, por un marcado alejamiento de la Sentencia recurrida, no se produce propiamente una reflexión crítica sobre la fundamentación de ésta, reflexión que, en mi personal criterio, resultaba no solo conveniente, sino necesaria para una correcta solución constitucional del problema en ella planteado en los términos en que estaba planteado.

A mi juicio lo que considero un exceso de autocontención produce el resultado de que lo que en la Sentencia recurrida se planteaba como problema general sobre el posible ejercicio de la acción de separación por la tutora de un cónyuge incapacitado, no recibe en la nuestra una respuesta correlativa a ese planteamiento general, sino que en nuestra respuesta se aleja de ese planteamiento, sin abordarlo con la extensión que el mismo merecía, centrándose en exclusiva en el resultado a que conduce; y ello, potenciando en la ratio decidendi el hecho de que la recurrente procurase la defensa del patrimonio de su hija incapacitada, lo que, en mi personal criterio, difumina en buena medida la verdadera entidad del planteamiento de la Sentencia.

Según lo entiendo, la ratio decidendi del rechazo por esto de la tesis de la parte apelante en el proceso (que lo era la recurrente en este proceso de amparo) se expresa en las afirmaciones siguientes (contenidas en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia):

- a. La de que "el art. 81 del vigente CC alude exclusivamente, es decir, sin salvedad alguna, a que ambos cónyuges (o uno con el consentimiento del otro) en su primer apartado, o uno de ellos frente al otro, en el segundo, son los únicos legitimados para solicitar su separación, bien entendido que cuando dicho legislador quiere excepcionar tal régimen de exclusividad así lo hace constar de manera expresa, como ocurre con el citado art. 74, al permitir que la acción de nulidad matrimonial pueda ser ejercitada, además, por cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, si bien con las excepciones o requisitos recogidos en los artículos siguientes".
- b. Y la de que "si además el Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de mayo de 1982) recuerda el carácter personalísimo de la acción de separación, hay que concluir en base a todo lo expuesto y al margen de opiniones al respecto, que no cabe posibilidad de que el tutor suplante al cónyuge, aunque éste se encuentre en estado de grave incapacidad, como parece el caso".

Remitiéndome a la doctrina general de este Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, reflejada en nuestra Sentencia, para su aplicación en este Voto particular la primera cuestión a plantear en relación con dicha ratio decidendi de la Sentencia recurrida es la de si se fundamenta en una causa legal inequívoca, lo que, a su vez, y en la hipótesis de que dicha causa legal existiese, obligaría a examinar su constitucionalidad.

Al respecto el examen de la Sentencia de la Audiencia Provincial dictada en el proceso de separación (pues la otra es de mera referencia a ésta) pone de manifiesto que el Tribunal *a quo* indica, como norma conducente a la solución por la que opta, la del art. 81 CC. Ahora bien, en la aplicación de esa norma la Sentencia aludida no se atiene en exclusiva a la literalidad y sentido lógico y normativo del precepto, aisladamente considerado, sino que procede a una interpretación sistemática del mismo, poniéndolo en relación con el art. 74 CC y con los arts. 834 y 835 del propio texto legal, para afirmar de tal modo la nota de exclusividad de la legitimación de los cónyuges. Se introduce así por vía interpretativa en el precepto un elemento no directamente explícito en él: el de la exclusividad de la legitimación, que se utiliza, para sostener después que esa exclusividad impide la posibilidad de que el tutor "suplante al cónyuge aunque se encuentre en estado de grave incapacidad". Y como, negado al tutor el acceso a la justicia con el objetivo referido, no cabe tampoco la posibilidad de que el incapacitado pueda acceder por sí mismo a ella, por impedírsele su propia situación de incapacidad, la gravedad de ese resultado, directamente incidente en el derecho de tutela judicial efectiva del incapaz, obliga a este Tribunal a proceder con estricto rigor jurídico en el enjuiciamiento constitucional de la interpretación de la legalidad ordinaria que conduce a él, para ver si esa interpretación resulta ineludible, lo que, en su caso, debiera conducir a enjuiciar la constitucionalidad del precepto legal, o si la interpretación resulta en sí misma cuestionable y por tanto su resultado final, para lo que el primer paso en ese análisis debe consistir en examinar si dicha interpretación resulta convincente en su propio plano de la legalidad.

Lo primero que se advierte al respecto es la ausencia en el precepto de

cualquier afirmación de exclusividad de la legitimación de los cónyuges. El precepto sólo se refiere a los cónyuges como peticionarios de la separación; pero el aditamento conceptual de la exclusividad, desde el que la Sentencia recurrida aborda el problema de la cuestionada legitimación del tutor, no está en el precepto. El argumento sistemático de la Sentencia recurrida, al contrastar el precepto que nos ocupa con los que quedaron indicados, supone situar en la misma posición hipotética al tutor del incapacitado, que debe actuar en representación de éste, y en su interés, supliendo su incapacidad, y a los terceros ajenos a él, cuya legitimación se asienta en su propio interés, y no en el del incapaz. Es a partir de esa equiparación (subyacente a la argumentación; pero indudable), como se obtiene la conclusión interpretativa (no afirmada con la rotundidad que aquí se expone, pero inequívoca en la argumentación que se analiza) de que, mientras que en los supuestos de los preceptos contrastados con el del art. 81 (los arts. 74, 834 y 835 CC) se prevé expresamente la legitimación de otras personas distintas de los cónyuges, en el del art. 81 no se introduce tal previsión; de ahí la exclusividad. Pero ese planteamiento y la conclusión de él derivada no resultan, en mi personal criterio, aceptables, pues el hecho de que terceros ajenos a los cónyuges puedan quedar excluidos del ejercicio de las acciones, expresamente atribuidas a éstos, sin mención de otros legitimados, nada tiene que ver con el hecho de que los representantes de los cónyuges incapacitados puedan ejercitar, o no, en nombre e interés de éstos, las acciones que la Ley les concede, cuando por su incapacidad éstos no pueden ejercerlas por sí mismos directamente. Se mezclan en la argumentación de la Sentencia supuestos de diferente índole, para extraer de la previsión legal de unos la solución legal aplicable al otro, criterio hermenéutico que no me parece en sí mismo consistente, y que, en la medida en que conduce a la restricción de un derecho fundamental como el de tutela judicial efectiva, considero constitucionalmente inaceptable.

Frente a la tesis de la Sentencia de la apelación del proceso de separación sobre la interpretación del art. 81 CC, creo poder afirmar que dicho precepto nada dice sobre la posibilidad de que la acción de separación que en él se concede a los cónyuges pueda, o no, ser ejercitada en su representación por sus tutores, cuando han sido incapacitados; con lo que no puede verse en él la norma restrictiva del acceso a la justicia.

Fuera de esa base legal, que considero rechazable, la Sentencia recurrida, a cuya argumentación me refiero (la del proceso de separación), completa, como se ha indicado, su ratio decidendi con la afirmación del carácter personalísimo de la acción de separación, aludiendo al efecto a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1982. La consulta de esa Sentencia pone de manifiesto que el caso decidido por ella, en la que, ciertamente, en su considerando 3 se contiene la afirmación del carácter personalísimo de la acción de separación matrimonial, nada tiene que ver con el actual. Allí se trataba de la posible sucesión de una hija en la acción ejercitada por su difunto padre, como heredera de éste, el cual falleció durante el trámite de apelación de la Sentencia de primera instancia. El problema del proclamado carácter personalísimo de una acción en referencia a la posible sucesión hereditaria en ella, es totalmente distinto que el que suscita el posible ejercicio de una acción de un incapaz, aun calificable de personalísima, por el tutor de aquél en su representación e interés. Sucesión hereditaria y representación legal son fundamentos de legitimación procesal absolutamente diferenciados; de ahí que la posibilidad de que pueda darse, o no, uno de ellos,

resulte inoperante lógicamente para el posible juego del otro.

Se ve, pues, que lo que ha llevado a la Sentencia citada (y a la otra también recurrida que a ella se remite: la de las medidas provisionales) a negar a la actora la legitimación para demandar, como tutora de su hija incapacitada, la separación de su matrimonio, no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace a la interpretación del art. 81 CC. Basta esta apreciación, para negar la existencia del óbice procesal que las Sentencias recurridas han apreciado, y con base en el cual se ha negado a la tutora demandante el acceso a la justicia, privándole de una respuesta de fondo sobre la acción ejercitada, con lo que la vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva de la actora en el ejercicio de su cargo de tutora resulta clara.

Empero, aunque la interpretación del art. 81 CC que antes se ha enjuiciado pudiera considerarse una de las posibles, y en tal sentido no quepa calificarla de irrazonable o de arbitraria, en todo caso no es, según ya ha quedado razonado, la única de las posibles. Por ello, es claro que, aun en esa hipótesis, el Tribunal *a quo*, confirmando la tesis sobre el particular del Juzgado de Primera Instancia, en vez de optar por la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, según exige nuestra doctrina al respecto antes referida, ha optado por la interpretación más restrictiva, en contradicción con dicha doctrina, lo que la hace constitucionalmente reproble.

2. Pero considero que además no quedaría completo el estudio de la cuestión suscitada, dadas las alegaciones de los contendientes, si no se abordase desde la óptica que corresponde al Tribunal Constitucional, el examen de la alegada calificación de acción personalísima de la ejercitada en este caso, en cuanto óbice para que pueda ser ejercitada por el tutor de un incapaz.

En este punto creo que debe entrar en juego, como pauta de interpretación de la legalidad ordinaria por los tribunales, el art. 49 CE como presupuesto argumental previo al juego del principio de igualdad ante la Ley, en función del cual debe analizarse si tiene justificación constitucional la distinta situación de las personas capaces y de los incapacitados en orden al ejercicio de las acciones de separación matrimonial.

El concepto de acción personalísima, en que las resoluciones recurridas fijan la clave de su decisión, no es una categoría legal discernible, sino una mera categoría doctrinal, que, para poder ser admitida en la función que las resoluciones recurridas le reconocen, debiera tener una base legal indubitada. Ello es especialmente exigible, cuando el juego de dicha categoría doctrinal conduce a una restricción del alcance de preceptos legales inequívocos, en función de los cuales resulta con claridad la atribución al tutor de la legitimación que, sin embargo, se le niega por el juego de dicha categoría doctrinal.

Al respecto, según hacen ver la recurrente y el Ministerio Fiscal, el artículo 267 CC concede al tutor una facultad de representación del incapacitado, que no tiene más restricciones que las que el propio precepto establece, en función de cuya facultad legal resulta clara, *prima facie*, la legitimación procesal del tutor, que las Sentencias recurridas le han negado.

Según ese precepto, sólo quedan fuera de la representación del tutor aquellos actos que el incapacitado puede realizar por sí solo, bien sea por disposición expresa de la Ley, bien de la sentencia de incapacitación. Pero el precepto no distingue entre tipos de actos personalísimos

o no personalísimos, para definir el ámbito de las facultades representativas del tutor. La distinción se establece sólo entre lo que puede, o no, hacer por sí mismo el incapacitado; y ello, refiriendo lo que puede hacer, en cuanto base de exclusión de la facultad representativa del tutor, a una disposición de la ley, que ha de ser expresa, o de la sentencia de incapacitación, posibilidades de hacer que en este caso no están establecidas ni en la Ley, ni en la Sentencia de incapacitación.

Se debe advertir, completando el razonamiento referido al art. 267 CC, que cuando el art. 271 CC enumera los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, entre ellos en el número 6 dice que la precisa "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía". Pero no se hace en el precepto ninguna precisión, alusiva a la distinta índole de las acciones, que sería lo procedente, si es que el legislador hubiese querido excluir de su ejercicio por el tutor las acciones personalísimas del incapacitado.

No existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del art. 267 CC, para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado.

3. La distinción entre actos personalísimos y no personalísimos, por otra parte, según se ha advertido antes, conduce al resultado de que el incapacitado, que ha llegado a su situación después de casado, se encontrará en la imposibilidad de instar la separación de su matrimonio, pese a que para ella, puedan existir causas legales.

Desde la óptica constitucional del art. 49 CE deberá enjuiciarse si una interpretación de los preceptos rectores de la tutela por parte de los tribunales, conducente a ese resultado, es conforme con el mandato de amparar al incapacitado (cuya inclusión en la categoría constitucional de disminuido es indudable) especialmente para el disfrute de los derechos que el Título Primero de la Constitución otorga a todos los ciudadanos. La contestación a ese interrogante debe ser inequívocamente negativa.

Es aquí donde debe entrar en juego el argumento de igualdad, que en este caso carece de sustantividad diferenciada respecto de la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, y cuyo juego posible debe situarse en el enjuiciamiento de esta última vulneración.

Sobre el particular creo compartible la crítica de la demandante a la argumentación de la Sentencia de apelación del proceso de separación, con la que se rechaza el argumento de la apelante sobre la desigualdad en que se sitúa el cónyuge incapacitado frente a su cónyuge incapaz, si aquél no puede demandar la separación y sí puede ser sujeto pasivo de la demanda del capaz.

La Sentencia recurrida justifica esa diferencia, calificando el argumento de la apelante de "objeción difícil de compartir si se parte de una premisa incuestionable, cual la de que no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y otra incapaz, dado que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente diferente de derechos y deberes, sobre todo en cuanto a las posibilidades de su ejercicio". Tal argumento no me resulta constitucionalmente aceptable. Si el art. 49 CE obliga a los poderes públicos a amparar a los incapaces en el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos, y si el Código Civil esta-

blece un mecanismo legal para ese amparo, como es la tutela, necesariamente ha de entenderse que la desgraciada situación natural de desigualdad del incapacitado, puede, y debe, superarse jurídicamente por la actuación del tutor. En tal caso, argüir el hecho natural, para impedir el juego del mecanismo jurídico, por cuya mediación puede conseguir la igualdad, supone una interpretación de la legalidad directamente contraria al art. 49 CE y no razonable ni proporcionada desde la perspectiva del art. 14 CE, pues aparte de que no pueden establecerse diferencias de trato en razón de circunstancias personales, esa imposibilidad se refuerza cuando la circunstancia personal que, en su caso, y en un orden natural, pudiera entenderse aludida, va unida a un remedio legal específico (la tutela) con el que puede restablecerse la igualdad jurídica.

Se debe reconocer toda su virtualidad al argumento de la parte, y rechazar en la misma medida el argumento contrario de la Sentencia recurrida, en el sentido de que el reconocimiento de la legitimación del tutor para poder ejercitar en nombre del incapacitado la acción de separación del matrimonio viene exigido por la necesidad de situar en una posición de igualdad al cónyuge incapacitado y al capaz en orden al ejercicio de tal acción.

4. La distinción entre acciones personalísimas y no personalísimas, como clave de la atribución de la legitimación al tutor o de su negativa de ella, aparte de que no exista para la misma ninguna base legal, no se adecúa a los rasgos generales de nuestro actual sistema legal, vistos los casos de actos de carácter personalísimo en que está expresamente prevista la sustitución del incapaz por su tutor. No resulta lógica la eficacia obstativa atribuida en las Sentencias recurridas al carácter personalísimo de la acción en un sistema legal, en el que el tutor puede con autorización judicial (también la tenía la tutora en este caso para el ejercicio de la acción) internar al incapaz (art. 271.1 CC), lo que directamente se relaciona al personalísimo derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), o incluso decidir su esterilización (art. 156.2 CP), que conecta con el igualmente personalísimo derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). En materia de adquisición de la nacionalidad, típico supuesto referido al estado civil de las personas, en la adquisición por opción (art. 19 CC) y por carta de naturaleza (art. 21 CC), las respectivas declaración de opción y solicitud pueden formularse por el representante legal del incapacitado [arts. 20.2 a) y 21.3 d) CC]. En la filiación, típico supuesto de estado civil, que permite considerar de carácter personalísimo los actos y acciones a él referente, el consentimiento del hijo, necesario para la eficacia del reconocimiento de su filiación por su padre, se atribuye respecto de los incapaces a su representante legal (art. 124 CC). Con carácter general el ejercicio de las acciones de filiación de los incapaces se atribuye indistintamente a su representante legal o al Ministerio Fiscal (art. 129 CC). En algo tan personalísimo como son los derechos a la intimidad, al honor personal y familiar y la propia imagen (art. 18.1 CE) la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, prevé expresamente que la intromisión en el ámbito protegido por dichos derechos puede ser consentida por el representante legal del incapaz (art. 3.2).

Son todos los citados supuestos legales, que desmienten en los respectivos casos el que el posible carácter de actos personalísimos o de acciones personalísimas impida la posibilidad de la representación del incapaz por su tutor, lo que evidencia que dicha categoría doctrinal, que en la legislación del pasado quizás pudiera fundar la eficacia obstativa que

le han atribuido las Sentencias recurridas, ha ido perdiendo en la legalidad hoy vigente el apoyo que las previsiones de la legalidad precedente pudieran haberle prestado.

Puede afirmarse, incluso, que en relación con las acciones de nulidad, separación y divorcio la ley da por sentada la existencia de procesos en que el ejercicio de dichas acciones sólo puede haberse realizado por el tutor; por lo que la negativa de la legitimación de éste al respecto contradice dicha previsión legal.

En efecto, la Disposición adicional octava de la Ley 30/1981 dispone que "en todos los procesos a que se refieren las normas anteriores [éstos se refieren a los de nulidad, separación y divorcio] será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes". La primera consideración exegética de la Disposición citada lleva a destacar la previsión en ella de procesos de nulidad, separación o divorcio en que son parte personas incapaces. Si se tiene en cuenta el dato de que los incapaces (art. 2 LEC) no pueden comparecer en juicio por sí mismos, y que por ellos "comparecerán sus representantes legítimos, o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a Derecho", dicho está que en la previsión legal de esa Disposición se está partiendo, como supuesto, de la existencia de procesos de dicha índole, de los que son parte los incapaces, representados lógicamente en ellos por sus tutores. La Disposición adicional, en principio, parece que no distingue si como parte activa o pasiva de los correspondientes procesos; mas si se profundiza en el sentido de la referencia legal a "alguno de los cónyuges", y se parte de la consideración de que en dichos procesos sus partes son precisamente los cónyuges, en posición activa uno y en la pasiva el otro, la expresión "alguno de los cónyuges", ha de entenderse referida, de modo indeterminado, a ambos; esto es, tanto el que se encuentra en la posición activa como en la pasiva. El sentido lógico y normativo de la referida expresión legal lleva, así, a la consecuencia exegética de que el supuesto legal de la norma se refiere a procesos de los citados, en que tanto la parte activa como la pasiva no actúan por sí mismos, pues lo impide su situación de incapacidad, sino a través de sus tutores, que ostentan en ellos una legitimación procesal indirecta por representación; en otros términos, se está dando por sentado el supuesto legal posible de procesos matrimoniales incoados en virtud de acciones de los tutores. La índole de la acción no justifica el que se niegue su posible ejercicio por el tutor, cuando la propia ley parte de ese ejercicio, imponiendo respecto a él, como garantía de orden público, la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal. Se llega así a la conclusión de que el concepto doctrinal de acciones personalísimas, en cuanto límite para el ejercicio de ciertas acciones por el tutor en representación del incapacitado, carece de base legal, es contrario al vigente régimen legal de la tutela, que se restringe en perjuicio del tutor, y por ende del incapacitado, y con razón reforzada supone una limitación sin base legal del derecho de tutela judicial efectiva de uno y otro.

Naturalmente, el reconocimiento en línea de principio de la legitimación del tutor, legitimación procesal indirecta, no anticipa, ni mucho menos, la suerte del correspondiente proceso, en el que el Juez deberá decidir, ejercitando la potestad constitucional que le otorga en exclusiva el art. 117.3 CE, si las razones alegadas por el tutor para la separación la justifican o no. Es en relación con ese fondo del asunto, donde están llamadas a jugar las consideraciones referentes a los fines que la deman-

dante persigue con la separación del matrimonio de su hija incapacitada, y si esos concretos fines pueden tener o no otros instrumentos procesales más adecuados.

Es visto, por todo lo razonado, que se ha vulnerado el derecho fundamental de tutela judicial efectiva de la demandante, al negarla la legitimación como tutora para el ejercicio, en representación de su hija incapacitada, de la acción de separación del matrimonio, y para el procedimiento de medidas provisionales, lo que conduce al éxito del amparo.

En este sentido evacúo mi Voto.

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.

#### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 18 DE DICIEMBRE DE 2000.

En el presente recurso de amparo el objeto de debate es la posible existencia de vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad del art. 14 CE y a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE producida por las sentencias que niegan legitimación activa a la madre y tutora de su hija incapacitada para interponer demanda de separación de la misma y solicitar medidas provisionales.

La recurrente interpuso como tutora de su hija incapacitada y separada de hecho demanda de separación que fue desestimada en primera instancia, por el Juzgado núm. 3 de Oviedo, por considerarse el ejercicio de un derecho de carácter personalísimo donde solo obstentan legitimación procesal los cónyuges, impugnada esta decisión, en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Oviedo la confirma, argumentando que el principio de igualdad no puede equiparar situaciones que son necesariamente diferentes como el estatuto de la persona capaz y de la incapaz, y, además, que la legitimación para interponer la demanda de separación se atribuye por el art. 81 del Cc exclusivamente a los cónyuges y, excepcionalmente como en el art. 74 para la nulidad, a otras personas que tengan interés directo y legítimo, pero en ningún caso el Código civil legitima al tutor del incapaz entre cuyas funciones no se encuentra la de ejercitar las acciones de su tutelado que sean de carácter personalísimo como lo es la acción de separación por lo que, con carácter general el tutor no puede suplantar al cónyuge.

El Tribunal Constitucional falla a favor de la recurrente declarando que se han vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad y anulando las resoluciones judiciales que negaron legitimación activa a la tutora. Argumentando que el derecho a la tutela judicial efectiva implica el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a ser parte en un proceso donde, tras la tramitación del mismo, se obtenga una resolución fundada en derecho sobre el fondo del asunto objeto del proceso, pero es un derecho de configuración legal, de tal modo, que la legitimación para iniciar un proceso concreto se determina por el

legislador atendiendo al criterio del interés legítimo, y, la interpretación de la norma corresponde a los órganos jurisdiccionales cuando aplican el derecho al caso concreto, pero en este caso existe un interés digno de protección y se ha realizado una interpretación restrictiva del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la hija incapacitada no puede ejercitar la acción de separación y su tutora tampoco con lo que se cierra el acceso del interés legítimo de ésta a obtener la separación judicial vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva y, además, argumenta el Tribunal desde la perspectiva del derecho de igualdad que el diferente trato que desde el punto de vista del ejercicio de la acción de separación reciben el cónyuge capaz y el incapaz, es un trato desigual no justificado y por lo tanto discriminatorio vulnerándose el derecho fundamental a la igualdad.

El Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas formula un voto particular donde expresa su conformidad con el fallo pero donde aporta argumentaciones más detalladas al considerar que el tribunal ha realizado una fundamentación en exceso autocontenida.

En el voto particular se afirma que del análisis del art. 81 del Cc no se puede deducir que la legitimación para el ejercicio de la acción de separación sea de los cónyuges exclusivamente, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, porque la exclusividad no se encuentra en el texto de la ley y se realiza una interpretación restrictiva del derecho a la tutela judicial efectiva que se considera constitucionalmente inaceptable. En cuanto al argumento esgrimido por la Audiencia de que al ser una acción personalísima no puede ser ejercitada por una persona distinta del propio cónyuge, se afirma en el voto particular que el régimen de la incapacidad del art. 267 del Cc solo diferencia entre los actos que puede realizar por sí solo el incapaz y aquellos que no puede realizar que corresponden al tutor, pero sin distinguir si éstos son personalísimos o no, por lo que no existe base legal inequívoca que permita restringir la actuación del tutor según el art. 267 del Cc. Con respecto al principio de igualdad se considera que en este caso se ha producido su vulneración porque la situación de la mujer incapacitada es notablemente inferior desde el punto de vista fáctico y jurídico toda vez que, no se permite ser sujeto activo de la acción de separación frente al cónyuge capaz pero sí ser sujeto pasivo de la misma acción ejercitada por su cónyuge capaz, argumentándose por la Audiencia Provincial que el estatuto jurídico de una persona capaz es necesariamente distinto del de una incapacitada, pero es precisamente esta situación de desigualdad la que el ordenamiento jurídico y sus aplicadores deben suplir para lograr la efectividad del derecho de igualdad consagrado en el art. 14 CE. (MARIA DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 20/2001, DE 29 DE ENERO. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL CESE ANTICIPADO DE FUNCIONARIA INTERINA ENCONTRÁNDOSE ÉSTA DISFRUTANDO DE UN PERMISO POR MATERNIDAD.

### TEXTO DE LA SENTENCIA<sup>2</sup>

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 Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2064/98, promovido por doña María del Carmen Molina González, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Cañedo Vega y asistida de la Letrada doña Rosa María Benavides Ortigosa, contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 13 de abril de 1998, que desestimó el recurso, seguido con el núm. 3699/95, deducido frente a la declaración administrativa de cese por inidoneidad para el desempeño de su puesto, con carácter interino, de Oficial de la Administración de Justicia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión que debemos resolver en el presente proceso constitucional de amparo consiste en determinar si el cese de la recurrente en su condición de funcionaria interina durante el período en el que se encontraba disfrutando de un permiso por maternidad ha conculcado el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE y, muy especialmente, el derecho a no ser discriminada por razón de sexo establecido en el citado precepto constitucional.

El pronunciamiento judicial objeto del presente recurso de amparo funda la licitud del cese de la funcionaria interina en el argumento de la no aportación por la recurrente de "ningún elemento de contraste o término válido de comparación", en la medida en que no puede ser conceptualizado como tal el status de los funcionarios de carrera a fin de extender a los interinos el régimen previsto para aquéllos. En este sentido, entiende el órgano *a quo*, deviene "absurda" la invocación de una discriminación por razón de sexo, "por cuanto que, por un lado, no puede establecerse relación alguna entre el sexo de la recurrente y su cese como interina, y, por otro, tampoco se ha acreditado que a ningún funcionario varón, en la misma situación que la mencionada recurrente, se le haya deparado un trato distinto". Añade a lo anterior el referido pronunciamiento que las situaciones contempladas por el art. 29 de la Ley 30/1984, en la redacción introducida por la Ley 3/1989, no pueden ser extendidas a los funcionarios interinos, cuyo nombramiento se justifica

en razones de urgencia, tanto de índole objetiva (la necesidad perentoria o ineludible de proveer el puesto de trabajo de que se trate) como subjetiva (la concurrencia de las debidas aptitudes físicas en quien pretenda tal nombramiento), de modo que "una larga enfermedad, que incapacite al interino durante un tiempo superior al normal de una ligera incapacidad transitoria, hace desaparecer las circunstancias por las que fue nombrado", que es, justamente, lo que acaece en el caso presente, sin que sobre la Administración, en consecuencia, deban recaer las consecuencias dimanantes de la situación de baja por maternidad en que se encontraba la hoy recurrente.

Coincide el Abogado del Estado en su alegato con la tesis mantenida por el reseñado pronunciamiento judicial y considera que el elemento comparativo sobre el que se asentaría la discriminación no estaría en el sexo, sino en el hecho genérico de la paternidad, y ésta "afectaría por igual a varones y a hembras, en cuanto la imposibilidad o dificultad de trabajar no estaría en el embarazo, sino en los deberes de atención y cuidado de los hijos". Continúa su razonamiento el Abogado del Estado señalando que "tampoco sería exacto afirmar que la causa del cese se haya situado en la maternidad como hecho en sí, materialmente impeditivo del trabajo, sino en la no disposición de la recurrente al trabajo al afirmar un derecho propio a la licencia con subsistencia de la relación de interinidad", por lo que concluye que "la maternidad no es materialmente incompatible con el desempeño del trabajo". A los anteriores argumentos añade, como lógica derivación, que la comparación adecuada sólo puede situarse en aquellos otros casos en los que existe el derecho a la licencia para caso de maternidad, como sería el supuesto de los funcionarios de carrera, de modo que los términos adecuados de comparación se situarían, "no en el sexo, como pretende la recurrente, ni siquiera en la maternidad, sino en el distinto alcance estatutario de los derechos y deberes de las varias situaciones prefiguradas por el ordenamiento jurídico", lo que lleva al Abogado del Estado a recordar la doctrina establecida el Auto del Pleno 317/1996 y, de forma refleja, a lo mantenido en la STC 7/1984, de 25 de enero.

Denuncia la interesada el trato discriminatorio que se manifiesta en la resolución administrativa que declaró la extinción de la relación como funcionaria interina. Un trato discriminatorio que dimana de la toma en consideración de un factor, el sexo, directamente vinculado a la situación de licencia maternal, que resulta prohibido por el art. 14 CE amén de por diversos textos internacionales (Convenio 111 de la OIT; Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979). Precisa la actora la doctrina mantenida en este Tribunal, en las SSTC 173/1994, de 7 de junio, 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre. En este sentido estima improcedente el argumento expuesto por el órgano *a quo* a propósito de la no aportación como término de contraste de una válida referencia al dis-

<sup>2</sup> El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito y no tiene carácter auténtico.

tinto tratamiento observado para con un funcionario varón interino en situación similar a la de la recurrente, al juzgar de imposible acreditación el exigido extremo, y resultar, en todo caso, incuestionable el perjuicio que para el colectivo de mujeres se desprende de la adopción de una decisión como la aquí discutida. Asimismo, entiende que esta decisión es generadora de discriminación respecto de los funcionarios de carrera, en la medida en que, reconocida por la legislación funcional la posibilidad de obtener licencias por embarazo y enfermedad, la declaración de extinción de la relación funcional de una interina que disfrutaba de licencia por maternidad, además de no resultar amparada por aquella legislación, es contradictoria con los mandatos de igualdad que se contienen en los arts. 9.2 y 14 CE.

El Ministerio Fiscal considera que la Sentencia objeto de impugnación reconoce expresamente que la finalización anticipada de la situación funcional tuvo su única causa en la maternidad de la actora y en su consiguiente carencia de idoneidad física para el desempeño de sus funciones. Considera, por ello, aplicable la doctrina constitucional contenida en las SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 166/1988, de 26 de septiembre, 173/1994, de 7 de junio y 136/1996, de 23 de julio, conforme a la cual la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por todo ello concluye que los tratos desfavorables basados en el embarazo o en la maternidad constituyen una discriminación de sexo prohibida por el art. 14 CE, siendo mantenida la misma doctrina por la normativa comunitaria.

2. El enjuiciamiento del fondo de la cuestión planteada en este proceso constitucional de amparo debe partir de la constatación de que, a tenor de las disposiciones aplicables al caso, la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 febrero de 1964, incluye en su art. 3 entre los funcionarios de empleo a los interinos, que, según su art. 5.2, son aquellos que, por razones de necesidad o urgencia, ocupan plazas en plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera, estableciendo en su art. 105 que a tales funcionarios de empleo -por lo tanto a los interinos- les será aplicable por analogía y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición el régimen general de los funcionarios de carrera. Esta caracterización del funcionario interino delata, por un lado, su naturaleza jurídica temporal y precaria (aun cuando de hecho en ciertos supuestos no sea así); y, por otro lado, y por conexión con dicho rasgo esencial, su similar régimen jurídico, tal y como establece el art. 105 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, al disponer: "a los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas"; precepto que se ha de considerar vigente en lo que no se oponga a la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

Desde el punto de vista de la normativa específica que concierne a los Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, el art. 56 de su Reglamento Orgánico, aprobado por Real Decreto 2003/1986, de 19 septiembre (sustituído en 1996), mantiene el régimen de nom-

bramientos de interinos para ocupar plazas cuando no sea posible la prestación del servicio por funcionarios de carrera, señalando que los interinos, que deberán reunir los requisitos necesarios para ingresar en el Cuerpo y demostrar su aptitud, "tendrán los mismos derechos y deberes que los funcionarios, si bien sus retribuciones serán las que fijen las disposiciones que les sean expresamente aplicables", deduciéndose de la redacción del precepto la identidad del trabajo desarrollado por los interinos en relación con los funcionarios de carrera, desempeñando la misma plaza con el contenido funcional propio del puesto de que se trate. Incluso el precepto lo reafirma al exigir la concurrencia en el interino de los requisitos de acceso al Cuerpo y aptitud correspondiente, pudiendo señalarse también que, conforme al art. 465 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el art. 2.1 del Real Decreto 2003/1986, el referido personal queda sujeto a la legislación general del Estado sobre funcionarios públicos en lo no previsto en las citadas normas específicas.

Entre los derechos reconocidos a los Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia se encuentra la licencia de embarazo que, a tenor del art. 64.1 del citado Reglamento Orgánico, se otorga "a toda funcionaria" que, en caso de embarazo, tendrá derecho a un período de licencia de seis semanas antes del parto y ocho semanas después del parto. La referida norma atribuye de forma incondicionada e irrestricta el referido beneficio sin establecer diferenciación alguna en razón del estatuto funcional que la mujer posea.

Como queda dicho, para la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, es precisamente la necesidad y urgencia de la prestación del servicio y la consiguiente imposibilidad de interrumpir su prestación lo que caracteriza la vinculación de los funcionarios interinos con la Administración, lo que impide reconocerles el derecho a solicitar la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos. Esta imposibilidad no conculcaría el derecho a la no discriminación por razón de sexo, ya que el criterio aplicado para negar la excedencia es únicamente la condición de interinidad, con independencia del sexo de quien presta el servicio.

Pues bien, es lo cierto que este Tribunal, como recuerda en su alegato el Abogado del Estado, desde la STC 7/1984, de 25 de enero, ha declarado en numerosas resoluciones que los diversos cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones públicas son estructuras creadas por el Derecho y, en cuanto tales, y prescindiendo de su sustrato sociológico, al ser el resultado de la definición que éste haga de ellas, quedan configuradas como estructuras diferenciadas, con características propias, entre las que, en principio, no puede exigirse ex art. 14 CE un tratamiento igualitario.

Sin embargo, la virtualidad diferenciadora de tales estructuras se halla sometida a los límites resultantes de las prohibiciones constitucionales de discriminación; de modo que, como veremos, en el presente supuesto los hechos concurrentes permiten concluir que efectivamente la diferencia de trato de la que ha sido objeto la recurrente resulta contraria a la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE.

3. A juicio de la Sala sentenciadora la recurrente no aporta ningún elemento de contraste o término válido de comparación que permita comprobar que, ante dos situaciones iguales, se han producido soluciones distintas, sin que exista identidad entre quienes desempeñan una función como funcionarios de carrera y los que prestan sus servicios única-

mente en situación de interinidad. Tal argumento requiere de ciertas precisiones. En efecto, se dice, si cierto es que la situación de embarazo es una cualidad no aplicable a todas las mujeres, de modo que la discriminación no resultaría sólo y únicamente por el sexo, sino que estaría asociada a una circunstancia coyuntural, e incluso se podría pensar que la distinción debería operar entre mujeres, embarazadas o no, lo cierto es que no resulta posible apreciar la existencia de discriminación respecto al varón, al no existir un equivalente masculino de una mujer embarazada.

A lo anterior cabe objetar que la Administración pública, no sólo no explicita que los motivos que movieron a la misma a decidir el cese de la funcionaria interina fueron ajenos a la situación de embarazo de la misma, sino que, antes al contrario, funda el referido cese de manera directa e inmediata en el hecho de que la actora no cumplía los requisitos de idoneidad que permitían continuar sustentando el nombramiento como funcionaria interina al hallarse, precisamente, en situación de baja por maternidad; y el pronunciamiento judicial objeto de impugnación ratifica que "la Administración no debe soportar las consecuencias de tal circunstancia".

Es patente, pues, el lazo causal que el organismo público estableció entre la situación de la trabajadora y la extinción de su relación funcional, con lo que se está reconociendo expresamente que la finalización anticipada de la situación funcional tuvo su única causa en la maternidad de la actora y en su consiguiente carencia de idoneidad física para el desempeño de sus funciones. Por todo ello, el cese de una funcionaria en régimen de interinidad por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres, haciéndolas de peor condición que a los varones y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo, sin que, como afirmamos en nuestra STC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6), sea necesario (ni posible) aportar término de comparación.

4. En efecto, respecto a la denunciada discriminación por razón de sexo contraria al art. 14 CE se ha de recordar que este Tribunal ha tenido ya ocasión de mantener, entre otras en la STC 136/1996, de 23 de julio (FFJJ 5 y 6), que "la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca". Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que "hecho biológico incontrovertible" (STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7), incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2). En estos pronunciamientos se ha subrayado que, tanto de los Tratados internacionales como del ordenamiento comunitario, se desprende que la extinción causal del contrato de trabajo de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo.

Recientemente nuestra normativa interna, a través de la Ley 39/1999, ha incorporado dicha disposición, optando el legislador nacional por declarar la nulidad de los despidos producidos dentro de los períodos de protección, esto es, desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del permiso por maternidad.

En el mismo sentido, y en una interpretación favorecedora del ejercicio de los derechos fundamentales, hemos tenido ocasión de extender la referida tutela incluso respecto de decisiones empresariales descausali-

zadas, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o, igualmente, respecto de la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio).

5. La normativa vigente y la jurisprudencia se han encargado de señalar que el nombramiento como funcionario interino confiere al nombrado unos derechos de los que no puede ser privado sino por las causas legalmente establecidas y no por causas no previstas al efecto. Por ello, como con claridad se deducía del art. 11 de la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de noviembre de 1991, sobre selección, propuesta y nombramiento de personal interino para cubrir plazas vacantes de los Cuerpos de Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes y de los específicos del Instituto Nacional de Toxicología, como ahora del vigente art. 10 de la Orden del citado Ministerio de 1 de marzo de 1996, el cese del funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias expresamente contempladas. La resolución del vínculo no supone, en modo alguno, una absoluta y libérrima facultad de cese, sino que, antes al contrario, tal facultad es sólo parcialmente discrecional, ya que aquélla sólo puede dictar dicha resolución mediando las causas que reglan su posible actuación es este terreno, debiendo, asimismo, comunicar la revocación indicando los motivos de ella.

Resulta claro, pues, que los motivos que justifiquen el acto administrativo de cese deberán resultar subsumibles en alguna de las causas de cese normativamente previstas; derecho éste que emana del propio acto de nombramiento. Es evidente, por ello, que habrá de producirse el referido cese de sobrevenir cualquiera de tales causas, pero tal eventualidad no ha de entenderse en términos absolutos; tal posibilidad no resultará amparada cuando la misma sea ejercida con motivación torpe -como la que pudiera derivar de una posible desviación de poder-, o se hubiera realizado con abierta vulneración de derechos fundamentales, como pudieran resultar los tratos desfavorables basados en el embarazo, que al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE.

6. Tanto en la Sentencia recurrida en amparo como en las alegaciones efectuadas por el Abogado del Estado se insiste en el carácter urgente de la actividad a desempeñar como presupuesto básico sobre el que se asienta el nombramiento de funcionario interino. A tal efecto la Sentencia impugnada entiende que de tal exigencia derivan dos efectos: uno objetivo, representado por la necesidad ineludible de proveer el puesto de trabajo, aunque sea provisionalmente, y otro, subjetivo, caracterizado por la imperiosa exigencia de que la persona designada como funcionario interino, no sólo reúna los requisitos exigidos para el ingreso en el cuerpo a que pertenece el puesto que se trate de proveer, sino que, además, se halle en condiciones físicas idóneas para poder desempeñarlo, dada la urgencia con la que se realiza la incorporación.

Pues bien, por el contrario, debe tenerse presente que la protección específica de la maternidad de los períodos pre y postnatales persigue una clara finalidad social, esto es, la protección de la maternidad, a la que se añade la finalidad de promocionar el establecimiento de una relación de carácter familiar, absolutamente necesaria con el que acaba de nacer. La protección extiende, por ello, su campo de actuación, alcanzado tanto al neonato como a la familia en su conjunto. Por ello, como en su día recordó la STC 203/2000, de 24 de agosto (FJ 5), "no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de

un derecho con transcendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad". De modo que "esta interpretación de la legalidad, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta, como ya hemos afirmado, en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE, sin que tal resultado perturbe la facultad de la Administración de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza conforme a criterios organizativos generales".

De lo que se desprende la procedencia de otorgar el amparo solicitado.

7. Finalmente interesa poner de relieve que, aunque por la parte actora sólo se impugna la resolución judicial, debe entenderse impugnada también la Resolución de la Gerencia Territorial de Andalucía del Ministerio de Justicia de 17 de febrero de 1995, pues lo cierto es que la violación del derecho fundamental se produce originariamente en sede administrativa. Tal y como alega el Ministerio Fiscal, al otorgarse el amparo solicitado ha de quedar éste dotado de "una extensión análoga a la que se atribuye a los casos de discriminación en el ámbito laboral" y, por ello, "la concesión del amparo, implica, en este caso, la anulación de la Sentencia impugnada y, al propio tiempo, la de las resoluciones y actos administrativos que determinaron el cese de la demandante". Alegación que se apoya en la doctrina sentada por este Tribunal, que tiene declarado en este punto que "cuando se impugna una resolución judicial confirmatoria de otras resoluciones anteriores, sean administrativas o judiciales, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de considerarse también recurridas las precedentes decisiones confirmadas, aunque no lo hayan sido expresamente en el recurso" (STC 63/1994, de 28 de febrero, FJ 2).

#### FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña María del Carmen Molina González y, en su virtud:

- 1º Declarar que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE)
- 2º. Restablecer a la recurrente en la integridad de su derecho, y a tal fin anular la Resolución de la Gerencia Territorial de Andalucía del Ministerio de Justicia de 17 de febrero de 1995, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 13 de abril de 1998, recaída en recurso contencioso-administrativo número 3699/95.

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

Dada en Madrid, a veintinueve de enero de dos mil uno.

#### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 29 DE ENERO DE 2001

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo en cuyo supuesto de hecho encontramos una situación de discriminación por razón de sexo oca-

sionada en el ámbito laboral, en concreto en la extinción de la relación laboral durante el período de disfrute del permiso por maternidad. En esta resolución, el Alto Tribunal continúa su línea jurisprudencial de protección del derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su embarazo, protección que se extiende hasta la finalización del permiso por maternidad.

La recurrente, que era funcionaria interina en la Administración de Justicia, impugna mediante recurso de amparo la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 13 de abril de 1998, por la que se desestima el recurso presentado contra la Resolución de la Gerencia Territorial de Granada del Ministerio de Justicia. Esta resolución acordaba el cese de la recurrente como funcionaria interina durante el periodo en el que se encontraba disfrutando de un permiso por maternidad. Para acordar tal cese, la Administración alegó precisamente que la actora ya no cumplía los requisitos de idoneidad que permitían continuar sustentando su nombramiento como funcionaria interina al hallarse en situación de baja por maternidad. La Sentencia del TSJ de Andalucía confirma la decisión administrativa al entender que no se puede equiparar la situación de los funcionarios de carrera y de los funcionarios interinos. Para el Tribunal el permiso por maternidad no sería aplicable a los interinos puesto que éste no resulta compatible con la urgencia que justifica el nombramiento de interinidad. Urgencia tanto de índole objetiva (la necesidad perentoria o ineludible de proveer el puesto de trabajo de que se trate) como subjetiva (la concurrencia de las debidas aptitudes físicas en quien pretenda tal nombramiento). Para el TSJ de Andalucía "una larga enfermedad, que incapacite al interino durante un período de tiempo superior al normal de una ligera incapacidad transitoria, hace desaparecer las circunstancias por las que fue nombrado", situación aplicable, según el Tribunal, a la baja por maternidad, sin que a su juicio, deba la Administración soportar las consecuencias derivadas de la maternidad de la recurrente. Además la sentencia impugnada aduce la falta de aportación por la actora de un término válido de comparación, necesario para poder apreciar un supuesto de discriminación por razón de sexo. Éste, a juicio del tribunal, vendría constituido por un supuesto en el que a un funcionario varón, en la misma situación que la recurrente, se le hubiera deparado un trato distinto.

Por su parte, la actora alega que la resolución administrativa la discriminó por razón de sexo, al fundar la extinción de la relación de interinidad en su maternidad, circunstancia íntimamente vinculada a su condición de mujer.

Para el Tribunal Constitucional resulta claro el nexo causal existente entre la maternidad y la extinción de la relación funcional, en la medida en que la Administración de Justicia funda el cese de la funcionaria interina exclusivamente en la maternidad de ésta. De ello resulta, sin lugar a

dudas, una discriminación directa basada en el sexo.

El Alto Tribunal rechaza la justificación ofrecida por el TSJ de Andalucía que entendió que la imposibilidad de extender el permiso por maternidad a las funcionarias interinas derivaba del carácter temporal y de la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad. Para el TC ésta no constituye una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14, por lo que constituye un trato discriminatorio. Frente al razonamiento efectuado por el tribunal de instancia, el TC destaca la importancia de la maternidad, cuya protección específica por el ordenamiento jurídico en los períodos pre y postnatales tiene una clara finalidad social puesto que se trata tanto de proteger la maternidad como de promocionar el establecimiento de una relación familiar. Proteger la maternidad supone proteger también al neonato y a la familia en su conjunto.

Esta Sentencia consolida además la doctrina iniciada en la STC 240/1999 según la cual no es necesario aportar término de comparación cuando se trata de supuestos de discriminación basados en alguno de los motivos expresamente enumerados en el artículo 14, que es lo que ocurre en este caso, al tratarse de una discriminación por razón de sexo. En estos supuestos, lo que se comparan no son los individuos sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales. Así, para

que quepa considerar vulnerado el artículo 14 CE "debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes, y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho".

En este sentido, es evidente que el embarazo afecta exclusivamente a las mujeres, lo que por otra parte, sirve al TC para aclarar que la comparación, en ningún caso, podría establecerse entre hombres y mujeres, puesto que no existe un equivalente masculino de una mujer embarazada. Además, como ya hemos comentado con anterioridad, el TC destaca la importancia de la maternidad que constituye así un bien relevante, digno de protección y, por otra parte, ni la Administración ni el TSJ de Andalucía ofrecen una justificación objetiva y razonable del trato de que son objeto las funcionarias interinas al denegarles el derecho a la baja por maternidad.

*Por todo ello, el TC estima que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo, otorgando el amparo solicitado y anulando no sólo la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sino también la resolución administrativa que declaró extinguida la relación funcional. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ)*

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 23 DE JUNIO DE 2000. DELITO DE ACOSO SEXUAL.

### TEXTO DE LA SENTENCIA

STS 23 JUNIO 2000, SALA DE LO PENAL.  
PONENTE: D. CARLOS GRANADOS PÉREZ.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se argumenta, en defensa del motivo, que la sentencia condenatoria se ha basado exclusivamente en las declaraciones de la víctima, declaraciones que se dicen afectadas por incredibilidad subjetiva y que no son verosímiles ni coincidentes.

El motivo no puede ser estimado.

Es cierto que esta Sala viene recogiendo una reiterada doctrina sobre la eficacia probatoria de la declaración de la víctima cuando constituye la única prueba de cargo. Así, entre otras muchas, en las Sentencias de 20 de octubre de 1999, 9 de octubre de 1999, 1 de octubre de 1999, 22 de abril de 1999 y 13 de febrero de 1999, se expresa que aunque en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, u otro interés de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que constituye una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 L.E.Criminal); 3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. (Sentencias de esta Sala, entre otras, de 28 de Septiembre de 1988, 26 de Mayo y 5 de Junio de 1992, 8 de Noviembre de 1994, 27 de Abril y 11 de Octubre de 1995, 3 y 15 de Abril de 1996, etc.).

Examinado el supuesto objeto de este recurso, podemos comprobar que en las declaraciones de la denunciante y víctima de los hechos enjuiciados concurren los tres presupuestos que se han dejado expresados para otorgarle eficacia probatoria hábil para enervar el derecho de presunción de

inocencia cuya vulneración se invoca por el recurrente. Ciertamente, como se razona por el Tribunal sentenciador, están ausentes posibles móviles espurios en la formulación de la denuncia que puedan incidir sobre la credibilidad de las acusaciones, ha quedado constatada la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, y se ha mantenido persistente, sin ambigüedades ni contradicciones. Es más, el propio Tribunal de instancia ha destacado que no ha sido sólo la declaración de la perjudicada lo que le ha permitido alcanzar su convicción sobre lo sucedido, señala igualmente las declaraciones de cuatro testigos de referencia que en su momento recibieron las confidencias de la víctima sobre el acoso de que era objeto por parte del acusado y siendo uno de ellos testigo directo de concretos actos relacionados con el objeto de la denuncia que vio y pudo constatar en un encuentro de compañeros realizado en diciembre de 1996. Así las cosas, el motivo no puede ser estimado.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

En este motivo se reitera la invocación del motivo anterior para rechazar el valor probatorio de los testigos de referencia.

Es cierto, como se señala en defensa del motivo, que la valoración de los testimonios de referencia tiene carácter excepcional. Así, es doctrina del Tribunal Constitucional (Cfr. Sentencias 303/93, de 25 de octubre, 79/94, de 14 de marzo, 261/94, de 3 de octubre) que la prueba testifical de referencia, prevista en el art. 710 LECr., constituye uno de los actos de prueba que si bien con carácter excepcional, los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración a la hora de fundar una condena. Ahora bien, añade dicha doctrina jurisprudencial, que la eficacia de la prueba testifical indirecta tiene carácter excepcional, en cuanto que se encuentra subordinada al requisito de que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria. Que la prueba testifical de referencia sea un medio probatorio de valoración constitucionalmente permitida no significa, como se indicaba en la STC 303/1993, que, sin más, pueda erigirse en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que, como se señalaba en la STC 217/1989, la declaración del testigo de referencia no puede sustituir la del testigo principal; antes al contrario, cuando existan testigos presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. Por lo tanto, la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal.

Olvida el recurrente que el testimonio de referencia no se ha utilizado como el único medio de prueba de cargo que ha tenido en cuenta el Tribunal sentenciador ni ha sustituido al testimonio directo de la víctima, muy al contrario, el testimonio de referencia únicamente se ha con-

## JURISPRUDENCIA · TS ·

siderado como corroborante de la versión de los hechos mantenida por la perjudicada.

Ha existido, por lo expuesto al rechazar el anterior motivo, elementos de prueba, legítimamente obtenidos, que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia invocado.

**TERCERO.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se menciona el testimonio de compañeros del denunciante y de la víctima para justificar el error en que se dice ha incurrido el Tribunal sentenciador al sostener que el acusado era jerárquicamente superior a la perjudicada.

Es doctrina reiterada de esta Sala que las declaraciones de testigos carecen de naturaleza documental, a estos efectos casacionales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, cuya valoración corresponde en exclusiva al juzgador de instancia. En todo caso, no puede olvidarse que el Tribunal sentenciador ha podido escuchar y valorar el testimonio depuesto por otros compañeros que se refieren a una relación de superioridad del acusado sobre su víctima y ello viene igualmente afirmado por las declaraciones de ésta última y por los cometidos profesionales y especialmente de control que vienen asignados al acusado con respecto a los guardas de seguridad que era el puesto desempeñado por la perjudicada. El motivo no puede prosperar.

**CUARTO.-** En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 184 del Código Penal. Se dice, en defensa del motivo, que en el presente caso no concurren los elementos que caracterizan el delito de "acoso sexual" al no haber mediado la solicitud de favores de naturaleza sexual, no existir prevalimiento de una situación de superioridad y estar ausente el anuncio de proferir un mal a la víctima en relación a las legítimas expectativas que pudiera albergar en dicho ámbito.

El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él se expresa que el acusado realizó comentarios y actos que implicaban un sentimiento de atracción sexual respecto a la denunciante, y tras describir tales comentarios y actos se añade que la perjudicada se abstuvo de poner los hechos en conocimiento de la dirección de la empresa por cuenta de la cual trabajaba por temor a sufrir represalias del acusado, como superior jerárquico de ella.

El delito de acoso sexual se introduce en nuestro ordenamiento penal con el Código de 1995 y se modifica su redacción por la reforma operada por Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril.

Los hechos objeto de enjuiciamiento acaecieron después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y antes de la reforma citada de 1999, y como se explicará a continuación, tanto con el texto inicial como el modificado en el año 1999, la conducta del acusado se subsume en este delito.

La Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluye un Código de conducta sobre las medidas para combatir el

acoso sexual y entre ellas menciona el que pueda ser constitutivo de delito y, a los efectos que nos interesa, contiene una definición de acoso sexual como aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados. Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

El acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el artículo 18.1 de la Constitución.

La tipificación del acoso sexual en el Código Penal plantea, de inmediato, la cuestión de cuando se desborda el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal.

Razones de una mayor y eficaz protección de las manifestaciones más graves de acoso sexual justifican la específica tipificación de esta conducta, debiendo concurrir, por así exigirlo el principio de legalidad, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan esta figura delictiva.

La acción típica, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, requiere la presencia de los tres elementos siguientes: a) que se soliciten favores de naturaleza sexual. Este requisito queda cumplido cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualesquiera que sea el medio de expresión utilizado, cuando dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre; b) que el sujeto se prevalezca de una situación de superioridad laboral, docente o análoga; y c) que anuncie al sujeto pasivo, de modo expreso o tácito, que de no acceder puede causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

A estos elementos habrá que añadir, al no ser posible la conducta imprudente, que el dolo del sujeto abarque todos los componentes que se dejan reseñados y especialmente el aprovechamiento consciente de su situación de superioridad.

En el supuesto objeto de esta causa concurren los presupuestos tipificados que se acaban de mencionar, ya que resulta bien patente la solicitud de actos de contenido sexual por las inequívocas expresiones, comentarios y hechos que se contienen en la relación fáctica de la sentencia de instancia; queda igualmente cumplido el requisito de la relación jerárquica que media entre el recurrente y su víctima, como expresamente se dice en los hechos que se declaran probados y, como se razonó para rechazar el tercer motivo de este recurso, queda constatado por las declaraciones de la denunciante y por los cometidos profesionales y especialmente de control que vienen asignados al acusado con respecto a los guardas de seguridad que era el puesto desempeñado por la perjudicada, como acertadamente se explica en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida; y respecto al tercer requisito, el propio Tribunal sentenciador razona sobre la indudable ascendencia que mantenía el acusado sobre la víctima que estaba vinculada a la empresa con un contrato temporal renovable y que la actitud del acusado con ella le hacía intuir que podría perder el trabajo, temor que se infiere de la conducta enjuiciada, surgiendo, pues, el

## JURISPRUDENCIA · TS ·

anuncio tácito del mal al que se refiere el precepto, y estos razonamientos del Tribunal sentenciador, que es al que corresponde valorar la prueba practicada a su presencia en el acto del juicio oral, tienen su reflejo en los hechos que se declaran probados, y esas posibles y serias represalias, tácitamente entendidas, podían frustrar las legítimas expectativas de la perjudicada a continuar en su puesto de trabajo.

No plantea cuestión que el acusado, al realizar tales solicitudes de contenido sexual, era perfectamente consciente de que se estaba aprovechando de una situación de superioridad y que de ser desatendidas sus solicitudes tenía capacidad para perjudicar las expectativas laborales de su víctima. Concurren, pues, todos los elementos que caracterizan esta figura delictiva en su redacción anterior a la reforma de 1999.

Podría plantearse la atipicidad de la conducta del recurrente en el caso de que el texto vigente del delito de acoso sexual, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, contuviera unos elementos o requisitos que no concurren en los hechos que se declaran probados.

La redacción vigente ha venido a incorporar, como supuesto básico del delito de acoso sexual, la modalidad que la doctrina suele denominar como acoso sexual ambiental, que no requiere el aprovechamiento de una situación de superioridad, siendo suficiente que la solicitud de contenido sexual hubiera provocado en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, y este tipo básico se presenta agravado cuando se hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o con el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación. Asimismo incorpora como supuesto agravado aquellos casos en los que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de edad, enfermedad o situación.

Es decir, la conducta enjuiciada en esta causa incurriría en uno de los supuestos agravados ya que pueden afirmarse, sin duda, los elementos del tipo básico, en cuanto el acusado, con sus solicitudes e insinuaciones de contenido sexual, había producido una patente situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para su víctima.

Así las cosas, la conducta del acusado se subsume en el artículo 184 del Código Penal, correctamente aplicado por el Tribunal sentenciador y la tipicidad se mantiene con la vigente redacción de dicho precepto.

El motivo no puede prosperar.

**QUINTO.-** En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no expresarse clara y terminantemente cuáles son los hechos que se declaran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen predeterminación del fallo.

Se dice, en definitiva, que el relato de hechos probados es contradictorio y predetermina el fallo, sin embargo no se señala en que consiste la contradicción ni cuáles son los conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo, limitándose a consignar la siguiente frase del relato histórico: "Dº M. B. N. P. con categoría profesional de guarda de seguridad, jerárquicamente inferior a la del acusado...".

El motivo no puede prosperar.

Tiene declarado esta Sala que la manifiesta contradicción ha de ser tal que desemboque necesariamente en conclusiones insostenibles y que los extremos fácticos que se señalen se encuentren enfrentados en oposición o antítesis manifiesta y que afecte a hechos o circunstancias esenciales que influyan causalmente en el fallo. En el caso que examinamos, no concurren ninguna de las notas que caracterizan este supuesto legal, sin que se señale contradicción alguna limitándose el recurrente a discrepar de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, negando que se hubiese acreditado que la víctima estuviese en situación de inferioridad jerárquica con respecto al acusado.

Y en orden a la predeterminación invocada, es igualmente doctrina de esta Sala que el expresado motivo del recurso de casación presupone el que se consignen como hechos probados aquellos que coincidan con los empleados por el legislador para la descripción del núcleo del tipo, cuyo alcance y significación sólo puede ser conocido por quien tenga conocimientos jurídicos y que han sustituido a los hechos de tal medida que de suprimirse mentalmente el relato fáctico quedaría desposeído de la base necesaria para efectuar la correspondiente calificación jurídica antecedente del fallo y la frase reseñada en modo alguno cumple con estos condicionantes. Ciertamente, en los extremos señalados del relato no se aprecia la concurrencia de ninguno de los requisitos que se dejan antes expresados; las palabras o locuciones empleadas se contraen a una descripción de hechos en lenguaje asequible, que no están incluidos en el tipo delictivo, y sin que se necesite de especiales conocimientos jurídicos para su comprensión.

## FALLO

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACION por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por J. L. B. M., contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 27 de abril de 1998, en causa seguida por delito de acoso sexual. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 23 JUNIO DE 2000.

En esta sentencia el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que condenaba a J.L.B.M. como autor de un delito de acoso sexual en la persona de una mujer trabajadora de la misma empresa, jerárquicamente subordinada a él. El TS desestima el recurso de casación confirmando la sentencia dictada en primera instancia. Se trata de la primera Sentencia en la que el TS se pronuncia sobre el delito de acoso sexual, introducido en nuestro ordenamiento por el Código Penal de 1995, art. 184<sup>1</sup>. Con posterioridad, la

<sup>1</sup> "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses".

LO 11/1999, de 30 de abril, modificaría este artículo, con la finalidad de abarcar más conductas que antes estaban excluidas de este tipo penal<sup>5</sup>.

La cuestión central radica en determinar si el supuesto de hecho enjuiciado es subsumible en el delito de acoso sexual tipificado en el art. 184 CP, en su redacción originaria que era la que estaba vigente en el momento de producirse los hechos. El TS llega a una conclusión afirmativa, sin que la posterior reforma afecte a tal calificación. Antes al contrario, tras 1999 los hechos enjuiciados serían constitutivos, a juicio del Tribunal, del tipo agravado de acoso sexual. La relación de superioridad jerárquica que media entre el acosador y su víctima, la solicitud por parte del primero de favores de índole sexual a su subordinada y el hecho de que ésta temiese por su empleo si no accedía a los requerimientos de que era objeto por el acosador, dado que estaba vinculada a la empresa por un contrato temporal renovable, permiten al Tribunal corroborar que nos encontramos ante un delito de acoso sexual.

Al hilo de lo anterior se plantea asimismo en esta Sentencia el valor probatorio de la declaración de la víctima en los delitos contra la libertad sexual. Una de las principales dificultades

con que tropieza la persecución penal de este tipo de delitos es de tipo probatorio. Se trata de delitos que ocurren normalmente en la «clandestinidad», con lo que normalmente la prueba está constituida por la propia declaración de la víctima, que constituye así la única prueba de cargo contra el acusado. El TS se limita aquí a reiterar su constante doctrina sobre la eficacia de la declaración de la víctima para destruir la presunción de inocencia del acusado, en aquellos casos en que dicha declaración es la única prueba disponible contra éste. De acuerdo con esta doctrina del TS la declaración de la víctima es suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria cuando concurren los siguientes requisitos que han de ser valorados expresamente por el Tribunal sentenciador: 1.- ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre acusador y acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, y otro interés de cualquier índole que prive a la declaración de la víctima de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2.- verosimilitud y 3.- persistencia en la incriminación. Requisitos que concurren en el supuesto de hecho enjuiciado. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 20 DE JULIO DE 2000. REDUCCIÓN DE JORNADA POR MATERNIDAD. CONCRECIÓN HORARIA CAMBIO DE TURNO.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO.-

- 1.- Versa el presente recurso de casación para la unificación de doctrina sobre el modo de ejercicio del derecho de los padres a reducción de jornada por guarda de menor de seis años, regulado en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, antes de la reforma efectuada por la Ley 39/1.999. Se plantea la cuestión litigiosa por pretender la demandante que se le otorgue la posibilidad de elegir turno, cuando en la empresa existen tres y la madre no tiene posibilidad de atender adecuadamente a sus dos hijos más que en el turno de mañana. La empresa alega que el precepto regulador únicamente concede el derecho a la reducción de jornada, pero no a la elección de turno entre los existentes, con variación del régimen de jornada que afectaba a la madre trabajadora antes de la reducción de su duración.
- 2.- La sentencia de instancia desestimó la demanda en la que se postulaba se declarase el derecho de la trabajadora a realizar "una jornada de trabajo compatible con la finalidad de guarda y custodia y, por tanto, en

turno de mañana". Interpuesto recurso de suplicación, fue estimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de septiembre de 1.999, y, con revocación de la de instancia, estimó la demanda en los términos solicitados.

- 3.- Frente a la anterior resolución la empresa MAHOU, S.A. preparó y formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, proponiendo, como sentencia de contraste, la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 16 de abril de 1.998. La recurrida impugna el recurso, alegando tres obstáculos procesales y oponiéndose a la cuestión de fondo. Con carácter previo hemos de resolver las cuestiones procesales planteadas.

**SEGUNDO.-** Alega la recurrida, en primer lugar, que no procede el recurso, por ser firme la sentencia de la Sala de suplicación, por aplicación de lo dispuesto en la Ley 39/1.999. Objeción que debe ser rechazada. La recurrida invoca que el nuevo procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, es aplicable a los procesos para la con-

<sup>5</sup> De acuerdo con el art. 184, tras la reforma de 1999, "1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses. 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses. 3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo".

## JURISPRUDENCIA • TS •

creción horaria y en dicho precepto se establece que, contra las sentencias dictadas en la instancia, no cabe recurso alguno, por lo que entiende no debe admitirse el presente. Pero es lo cierto que la Ley 39/1.999, que estableció el nuevo proceso, no entró en vigor hasta el 7 de noviembre de 1.999 (se publicó en el BOE de los días 6 y entraba en vigor al día siguiente). Y la sentencia que se recurre se dictó el 7 de septiembre y el recurso se preparó el 28 de dicho mes. Por tanto antes de la entrada en vigor de la norma invocada el proceso había finalizado las fases de instancia y recurso de suplicación y había comenzado su andadura en el de casación. La aplicación de los mandatos de la nueva Ley a su tramitación sería otorgarle una eficacia retroactiva máxima, no prevista en la norma.

**TERCERO.-** En segundo lugar, la recurrida invoca que la cuestión debatida carece de contenido casacional al ser materia que, en el futuro, no tendrá acceso a los recursos. Objeción que, igualmente, ha de ser rechazada. Este recurso debe decidir la recta interpretación de un precepto legal susceptible de acceder al recurso en el momento en que fue planteado. La resolución de las posibles discrepancias existentes es función que corresponde a la casación unificadora, y ello independientemente de la posición que el legislador haya adoptado de cara al futuro.

**CUARTO.-** Finalmente, se opone la recurrida a la admisión a trámite del recurso por entender que la sentencia de contraste, no cumple el requisito de la contradicción, en los términos que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El recurso de casación para la unificación de doctrina, tiene como objetivo legal inmediato, dar solución a la disfunción que se produce cuando, ante hechos y pretensiones idénticas, dos salas de suplicación o la misma sala, hubieran dado soluciones contradictorias. Debe el Tribunal Supremo establecer cual sea la doctrina que debe prevalecer con carácter general en la interpretación de la norma. Tal cometido unificador no existe cuando, diferencias de matiz en los hechos, determinan que las dos soluciones enfrentadas, aparentemente contradictorias, sean las dos ajustadas a Derecho. En este caso no hay doctrina que unificar. Ante hechos no idénticos se dan respuestas judiciales, no opuestas, sino diferentes, ajustadas ambas a la norma. No queda labor para la casación unificadora.

Pues bien, en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Por otra parte nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa. Aparente laguna legal, posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo. Es evidente que la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución, según las circunstancias concurrentes. Tal acontece en los supuestos contemplados en las sentencias recurridas y de contraste. En la primera, resalta la Sala de suplicación que queda acreditada la buena fe de la trabajadora; que la

empresa, por su dimensión, tiene fácil su sustitución, no existiendo problemas en cuanto a la organización del trabajo, de accederse a la petición de la actora. Igualmente se destaca que, tras la excedencia de la demandante a causa de maternidad, la empresa "no presenta ciertamente indicios de que su comportamiento denote un actuar conforme a las exigencias de la buena fe, tal y como exige el citado art. 20 del Estatuto de los Trabajadores". Ante estos datos complementarios concluye la Sala que corresponde a la trabajadora la elección de turno y concreción horaria del modo más favorable a la protección de los dos hijos menores. En la sentencia de contraste la Sala de Navarra afirma que corresponde al trabajador, que tiene encomendada la guarda legal del menor, la facultad de elegir el horario adecuado para el cuidado del hijo menor y que, de entrar en colisión tal derecho con el de la empresa, habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso incluida la buena fe. Ante la ausencia de datos de hecho que pudieran modular la decisión, la Sala se inclinó por mantener la obligación del trabajador de seguir prestando el trabajo en los turnos que venía realizando.

Existe por tanto una cierta coincidencia en los hechos. Pero en la recurrida hay tres datos que la separan de la de contraste: la probada buena fe de la trabajadora, que la sustitución no es problemática, extremo expresamente declarado. Y, finalmente, un principio de ausencia de buena fe de la empleadora. Estos datos diferenciales son suficientes para que hayan podido recaer soluciones diferentes, no existiendo por tanto doctrina que unificar.

La ausencia del requisito de la contradicción exigido por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, es causa de inadmisión del recurso que, en este trámite, deviene causa de desestimación con imposición de costas. Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. José Lledo Moreno, en nombre y representación de la empresa MAHOU, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de septiembre de 1.999, por la que se resuelve el de suplicación interpuesto por Da. ISABEL ARGÜELLO ALVAREZ, representada por la Procuradora de los Tribunales Da. Cayetana de Zulueta Luschinger, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid, de 16 de noviembre de 1.998, en autos seguidos a instancia de Da. ISABEL ARGÜELLO ALVAREZ contra MAHOU, S.A., D. PEDRO DÍAZ SALGADO, D. CARLOS GONZÁLEZ MEDINA, Da. ROSARIO GONCER COCA, D. JOSE GONZÁLEZ MOLINA, D. FRANCISCO J. FERNÁNDEZ RAMOS, D. JORGE RUIPEREZ SÁNCHEZ, D. MIGUEL HIDALGO ROMERO y D. OSCAR LERMA DÍAZ, sobre reclamación de cantidad.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPLENTE DE 20 DE JULIO DE 2000

Se ha dicho a menudo que el derecho laboral se corresponde con un contexto social en el que el hombre ocupa la posi-

ción central en la producción de los bienes y servicios, en tanto que la mujer ocupa un lugar residual a menudo de refuerzo en los ingresos de la unidad familiar, y su acceso al mercado de trabajo a lo largo de su vida no es estable, sino que está en función de la coyuntura que ocupa la maternidad, e incluso el trabajo del marido. Tal función social se complementa con esta otra: a cambio, la posición central de la casa es suya y el hombre ocupa en el hogar un papel residual y asimismo coyuntural, su permanencia está mediatizada por el ocio y el tiempo libre, siendo su colaboración en las faenas domésticas excepcional y limitada.

Con estos presupuestos, que por otra parte aparecen de forma recurrente cada vez que se analizan los problemas de género, como el principal obstáculo a la incorporación de la mujer al mundo laboral, es fácilmente comprensible el desajuste de la mujer en las empresas, cuándo la determinación del modo de producción ignora las funciones que sus productoras tienen que desarrollar en el ámbito privado. Los horarios, sistemas de producción en cadena, turnos, trabajos nocturnos, son incompatibles con la crianza de los hijos que por tradición no necesariamente justificada por la naturaleza, ha debido soportar en exclusividad la mujer.

La Ley 39/99, de 25 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, quiso hacer frente a ese estrabismo social que ignoraba la progresiva incorporación de la mujer al trabajo, y los consiguientes desajustes que producía tal situación en la vida privada. En el análisis de aquella ley ya dijimos en esta misma revista, que una ley aparentemente progresista para los derechos de la mujer, podía ser regresiva e incluso incrementar los obstáculos de la igualdad, en tanto en cuánto podía crear a las empresas trabas a la contratación de mujeres, y lo que aparentemente podía ser una nivelación de la igualdad, ser un nuevo factor de desigualdad.

Efectivamente, el tiempo está poniendo de manifiesto que esa ley al final, y pese a que teóricamente podría ser así, no está siendo aplicada a los hombres, que no piden reducción de jornada para el cuidado de impedidos y

menores, sino por las mujeres, que además de ver obstaculizada la concesión del permiso, en el caso de que les sea permitido ven postergadas sus aspiraciones profesionales para poder atender a funciones domésticas que deberían ser compartidas.

En el caso que ahora analizamos, se pueden destacar las siguientes cuestiones:

- 1.- No hay ningún hombre que hay solicitado a la empresa la reducción de su jornada para la crianza de un menor. Todas las actoras son mujeres.
- 2.- Una empresa privada que por definición se basa en la obtención de beneficios a cambio de prestaciones laborales, no acepta de buen grado la imposición legal de tener que reducir la jornada laboral de una trabajadora, y menos aún en un sistema de turnos rotatorios, razón por la que la actora se ve obligada a interponer una acción judicial en defensa de un derecho que es de aplicación automática, y ello de forma tal que la acción de la empresa ha llegado hasta a un recurso extraordinario como es el de casación para la unificación de doctrina, que solo es posible cuando existen sentencias de contraste en el resto de los Tribunales Superiores de las CC.AA.
- 3.- Para mayor desesperación de la trabajadora, ni siquiera puede dirigir la demanda solamente contra su empresa, sino que al tratarse de una conflicto horario, tiene que demandar a varios compañeros de trabajo, que a su vez deben defenderse en las sucesivas instancias, con el malestar que conlleva esta situación para ella en relación a que la exigencia de su derecho produce en el resto de la plantilla.

Con todos estos obstáculos, es muy difícil que la referida ley tenga una aplicación pacífica. Tal dificultad una vez mas deberá ser soportada por la mujer, dado que no por la ley, pero sí por la realidad social, la aplicación será normalmente demandada por una mujer. (MARIA LUISA BALAGUER CALLEJON).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 93, DE 8 DE FEBRERO DE 2001. LA NEGATIVA A ADMITIR A MUJERES COMO MIEMBROS DE UNA COMUNIDAD DE PESCADORES ES DISCRIMINATORIA

### TEXTO DE LA SENTENCIA

*STS DE 8 DE FEBRERO DE 2001, SALA DE LO CIVIL*  
*PONENTE: EXCMO. SR. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA*

En la Villa de Madrid, a ocho de Febrero de dos mil uno.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por la "COMUNIDAD DE PESCADORES DE EL PALMAR", representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Luis Pérez-Mulet Suárez, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 24 de abril de 1.999 por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante del juicio incidental de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Valencia. Son parte recurrida en el presente recurso DOÑA TERESA BRU MICHAVILA, DOÑA TERESA CHARDI DASI, DOÑA ELENA MARCO SOLER DOÑA FELICIDAD DASI MARCO y DOÑA VICENTA DASI MARCO, representadas por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere y el MINISTERIO FISCAL.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primer motivo del actual recurso de casación lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se ha producido inadecuación del procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, en relación a los artículos 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que las sentencias recurridas y especialmente la de la primera instancia contienen pronunciamientos propios de los juicios declarativos.

Este motivo debe ser desestimado.

Aparte de la necesaria proclamación consistente en que el recurso de casación sólo puede recaer única y exclusivamente sobre la sentencia de apelación; y que quizá el cauce utilizado en este motivo no sea el procesalmente correcto; ello no puede significar que estos óbices formales deban ser un obstáculo para entrar en el fondo del asunto, dada la naturaleza de derecho fundamental que se dirime en la presente contienda judicial.

Y en este sentido hay que proclamar que el proceso utilizado tanto en la primera instancia como en la apelación, es el proclamado en el artículo 13 de la Ley 62 de 1.978, en otras palabras que se ha seguido el procedimiento incidental, establecido "ad hoc" en la misma.

Y si en la sentencia de primera instancia, absolutamente respaldada por la

de la apelación, se habla en su encabezamiento de "vistos... los presentes autos de juicio declarativo de menor cuantía", no hay que dar mas importancia a dicha frase, sacada del contexto general de la sentencia, que el que pudiera derivarse de un error en la transcripción.

Por ello hay que insistir que no puede estimarse el argumento, en este motivo, de la parte recurrente, pues incluso en el caso de que se hubiera utilizado el cauce del juicio ordinario declarativo de menor cuantía, en vez del incidental, ello no hubiera significado menoscabo alguno para la pretensión de la parte afectada, ya que en ese supuesto, no solo no se hubiera producido indefensión en su tutela judicial, sino que incluso se hubiera aumentado las garantías para el mismo, dada la naturaleza más amplia del menor cuantía en relación al incidental, ambos dentro de los juicios declarativos.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo alegado lo fundamenta también la parte recurrente en el artículo 1.692-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que las sentencias recurridas (sic), según dicha parte, inciden en infracción por inaplicación del artículo 533-2 de dicha Ley procesal, en relación a lo dispuesto en el artículo 12-1 de la Ley 62 de 1.978, de 26 de diciembre, al no haberse estimado la excepción alegada de falta de legitimación activa de las partes demandantes.

Este motivo, también debe ser desestimado.

Sin duda esa falta de legitimación a la que se refiere la parte recurrente es la conocida doctrinalmente como de legitimación "ad causam", y ella hay que entenderla como la cualidad de una persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar.

Pues bien, en el presente caso hay que afirmar que las actoras no tienen la denominada "falta de acción", desde el instante mismo que las mismas ejercitan o tratan de ejercitar un derecho fundamental como es de evitar una discriminación por razón del sexo, aunque en esta materia y como se verá mas tarde, se trate de camuflar tal ejercicio en aras de una pretendida cadena de defectos formales para acceder a una entidad.

Y ello es así, desde el instante mismo que los derechos fundamentales son elementos del ordenamiento contenidos en normas jurídicas objetivas, que forman aparte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos jurídicos materiales del ordenamiento jurídico entero, todo ello en relación a los artículos 1-1, 9-2, 10-1 y 53 de la Constitución Española, lo que evidencia el carácter de aplicación directa de estos valores normativos en su realización práctica (S.T.C. 5/1981).

**TERCERO.-** El tercer motivo tiene como base el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la parte recurrente estima que se ha pro-

ducido "error en la valoración de las pruebas practicadas" (sic).

Este motivo que no debiera haber transpasado la frontera de la admisión y no sólo por su planteamiento, debe ser absolutamente desestimado.

Efectivamente, la apreciación de la prueba así como su valoración es una labor que incumbe a la instancia y tanto ella como el factum derivado de la labor hermenéutica están expulsados del ámbito casacional, a no ser que las argumentación "ad hoc" sean ilógicas o irracionales, circunstancias que no se dan en el presente caso; ya que incluso las pruebas practicadas, por cierto, solo propuestas a instancia de la parte ahora recurrida, han sido interpretadas desde una perspectiva lógica dentro de un Estado social y democrático de derecho.

**CUARTO.-** Por razones de lógica y economía procesal es procedente ahora el estudio conjunto de los tres últimos motivos presentados por la parte recurrente en el actual recurso de casación; ambos los fundamenta en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en las sentencias recurridas (sic) se había infringido por aplicación indebida el artículo, 1-1 y el artículo 11, ambos de la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona -cuarto motivo- del artículo 14 de la Constitución Española -quinto motivo-, e infracción por inaplicación del artículo 22 de la Constitución Española -sexto motivo-.

Todos estos motivos estudiados conjuntamente deben ser desestimados.

Para estudiar estos tres motivos, basados en los derechos fundamentales constitucionales de igualdad y asociación, hay que partir de una base fáctica formada por los siguientes datos:

- A.- La Comunidad de Pescadores de El Palmar es una institución histórica valenciana que data desde la fundación en 1238 del Renio de Valencia por el Rey Jaime I, en su condición de sucesora del "Comú de Peixcadors de la Ciutat de Valencia".
- B.- La Comunidad de Pescadores de El Palmar, es una asociación de derecho privado, que se dedica, principalmente, a la explotación de la riqueza piscícola del Lago de la Albufera desde tiempos inmemoriales.
- C.- Como consecuencia de dicha condición, la Comunidad de Pescadores de El Palmar se rige por las costumbres y tradiciones que sus miembros han venido adoptando; a estos efectos, debe reconocerse que aún siendo cierto que la Comunidad de Pescadores carece de Estatutos en el sentido de que no se ha dotado nunca de unas normas codificadas y expresas que regulen su funcionamiento, ello, sin embargo, no empece en absoluto para que existan normas de carácter consuetudinario adoptadas precisamente para regular el funcionamiento y organización de la vida social interna de la Comunidad.
- D.- Entre estas normas consuetudinarias se encuentran los requisitos necesarios para ser miembro de la Comunidad Adoptadas por la Junta General, llamada de Capítulos, y que, como tales normas de carácter consuetudinario, han ido sufriendo modificaciones a lo largo de la historia en función de la evolución de las diferentes circunstancias sociales, e incluso económicas, en las que la propia Comunidad ha estado inserta.

Dichas normas consuetudinarias suponen lisa y llanamente que el derecho a pescar en L'Albufera, es atribuible a los hijos y nietos varones de los cofrades, y a través de la figura de un verdadero derecho hereditario.

Todo ello se desprende de la escritura de arriendo de 1.857 en cuya estipulación 5 se dice "todo pescador deberá previamente matricularse en esta Bailía general, y adquirir la licencia correspondiente, que será personal, y no podrá transmitirse sino de padres a hijos que estén bajo su patria potestad".

Sin que, por otra parte, haya obstáculo alguno para que en vida del titular de tal derecho, su hijo pueda ingresar en la Cofradía, y lo que ocurre que tal derecho -redolí- no es el del padre o abuelo, sino que saca un redolí o derecho nuevo, previo pago de su precio. Lo cual no reduce la cuestión a una simple disquisición hereditaria.

E.- Mediante requerimiento notarial practicado el pasado día 6 de julio de 1997 las actoras, hoy recurridas, solicitaron su ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar en la sesión matinal de la Junta de Capítulos que tradicionalmente se celebra el primer Domingo de Julio para, entre otras cuestiones, acordar las altas y bajas de los patrones miembros de la Comunidad.

Dicha solicitud fue rechazada por la Junta Directiva de la Comunidad, indicando expresamente el Jurat (Presidente) en la contestación al requerimiento notarial practicado, que el motivo de dicho rechazo era el que las solicitantes no reunían los requisitos exigidos para tramitar la correspondiente alta en la Comunidad.

De todos estos datos se infieren dos conclusiones: que lo que se pretende en la solicitud de ingreso es trabajar -pescar-; y que en la historia viva de la Comunidad, no se ha admitido en caso alguno a las mujeres por impedirse las normas consuetudinarias.

Y de todo ello surge el "quid" de la presente contienda judicial: la no admisión de las ahora recurridas se debe única y exclusivamente al hecho de ser mujeres, aunque se haya tratado de configurar como una cuestión de formalidades basadas en normas de derecho hereditario.

La anterior conclusión de la parte recurrente choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, sobre todo cuando se ha comprobado en el presente caso que el factor sexo ha sido el elemento determinante de la discriminación laboral a que han sido sometidas las recurridas, ya que, se vuelve a repetir, la negativa a que las mismas pudieran integrarse en la Comunidad de Pescadores de El Palmar, supone lisa y llanamente el poner un óbice suficiente para que las mismas puedan desarrollar una actividad laboral idéntica a la que desempeñan los hombres, únicos integrantes -antes y ahora- de la misma. Y así se proclama "in genere" en la S.S. del Tr.C. de 21 de diciembre de 1.982 y 21 de marzo de 1.986.

Estas cuestiones, hoy felizmente superadas, han tenido lugar en otras latitudes socio-jurídicas, y han sido solucionadas como en el presente caso, concretamente en el ámbito laboral que es en el que se desenvuelve la presente contienda judicial.

Efectivamente, es el derecho moderno norteamericano a través de la "affirmative action" el que establece la igualdad absoluta, desde una perspectiva laboral, del hombre y la mujer, a través de ciertas previsiones constitucionales en materia de igualdad desde un punto de vista laboral, como es el título VII de la "Civil Rights Act de 1.964", la sección 1981 de la "Civil Rights Act de 1.866", la "Executive Orden 11.246" y la "Civil Rights Act de 1.991". Pero dicho material normativo, que no es excesivamente claro para tal fin, ha sido perfectamente interpretado con la resolución del Tribunal

Supremo U.S.A. dictada en el proceso "United States versus Virginia", de 1.996, a través de la cual permitió el trabajo de la mujer en el Instituto Militar de Virginia, con todo lo que significaba el quebrar unos usos y tradiciones que para la mentalidad del americano medio, eran intocables.

En dicha decisión, se proclama la cláusula-constitución de la igualdad entre sexos, y desde un punto de vista social.

Y en el mismo sentido, hay que constatar que la cuestión y esta solución ya se puede estimar como un hito de principio común dentro de los distintos sistemas jurídicos de los distintos Estados de la Unión Europea, y ello debido a la influencia constante, continua y progresiva de la jurisprudencia europea en los distintos derechos nacionales.

Y así, el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea -C.E.-, surgido del Tratado de Amsterdam y que se basa en el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea -C.E.E.- establece la garantía de aplicar el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Pero es el Tribunal de Justicia Europeo el que ha reconocido en la sentencia "Defrenne III" que el principio de igualdad de trato en materia laboral del hombre y de la mujer se encuentra no en dicho artículo 119, sino en la Directiva 76/207.

Sin embargo, no se puede olvidar y a mayor abundamiento que la sentencia "Coloroll Pension Trustees" de dicho Tribunal de Luxemburgo, establece en su apartado 26 la prohibición de discriminaciones entre los trabajadores masculinos y femeninos se impone no solo a las autoridades públicas, sino también a los contratos particulares que regulan el contrato por cuenta ajena; y se refiere a la sentencia "Defrenne II", que establece el efecto directo del referido artículo 119 del Tratado C.E.

Pero es más en el proyecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su Capítulo Tercero se proclama la igualdad del hombre y la mujer, prohibiendo cláusulas discriminatorias desde un punto de vista general y laboral.

**QUINTO.-** En materia de imposición de las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se seguirá la teoría del vencimiento; por lo que en el presente caso, las mismas, se impondrán a la parte recurrente, que a su vez perderá el depósito constituido.

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

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la COMUNIDAD DE PESCADORES DE EL PALMAR (VALENCIA) frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 24 de abril de 1.999; todo ello imponiendo el pago de las costas de este recurso a dicha parte recurrente, debiéndose dar al depósito constituido el destino legal. Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- I. Sierra Gil de la Cuesta.- P. González Poveda.- R.

García Varela.-J. Corbal Fernández.- F. Marín Castán.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

#### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 8 DE FEBRERO DE 2001.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Pescadores de El Palmar frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 24 de abril de 1999, que, a su vez, confirmaba la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia, que había condenado a esta Comunidad de Pescadores a admitir como miembros de pleno derecho a cinco mujeres.

En 1997, éstas solicitaron su ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar. Dicha solicitud fue rechazada por la Junta Directiva de la Comunidad alegando que las normas consuetudinarias por las que se rige esta sociedad de pescadores les impedía admitir a mujeres como miembros de la misma, puesto que el derecho a formar parte de esta sociedad se transmitía tan sólo de padres a hijos varones, con exclusión, por tanto, de las mujeres.

Frente a esta negativa, las cinco mujeres que habían solicitado su ingreso en la Comunidad interpusieron una demanda incidental para la protección de los derechos fundamentales de la persona al amparo de la Ley 62/1978. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia les dio la razón, condenando a la sociedad demandada a admitirlas en igualdad de condiciones a los miembros varones. Contra esta sentencia, la Comunidad condenada interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia, confirmando así la sentencia dictada en primera instancia. Finalmente la Comunidad de Pescadores interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que éste desestima.

La cuestión principal que se plantea en las resoluciones impugnadas y sobre la que se pronunciará el Tribunal Supremo consiste en determinar si la negativa de la Comunidad de Pescadores a admitir como miembros de la misma a las mujeres que lo solicitaron vulneraba el derecho de éstas a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de sexo. La Comunidad pretende negar tal discriminación alegando la tradición y las normas consuetudinarias por las que se rige esta asociación de pescadores. Normas de acuerdo con las cuales el ingreso en la Comunidad se configuraría como un derecho hereditario transmisible tan sólo de padres a hijos. El Tribunal

## JURISPRUDENCIA · TS ·

Supremo rechaza acertadamente esta argumentación. De acuerdo con la resolución del TS no es posible oponer las normas por las que se rige una asociación de derecho privado, como es esta Comunidad de Pescadores, a la vigencia de un derecho constitucional como es la igualdad y la prohibición de trato discriminatorio por razón de sexo (art. 14 CE). De este modo, el TS confirma la plena vigencia de los derechos fundamentales de la persona -y, por tanto, del derecho de igualdad- en las relaciones entre

particulares. Y, en consecuencia, la necesidad ineludible de que las sociedades civiles adecuen sus normas para adaptarlas a los principios constitucionales, entre ellos, el de igualdad. Además, la importancia de esta resolución judicial radica en que sienta un importante precedente para enjuiciar situaciones similares de asociaciones de diversa índole que apelando a la tradición se niegan a admitir a las mujeres en condiciones de igualdad a los hombres. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID,  
SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN QUINTA, DE 23 DE ABRIL DE 2001.

Sentencia número 267

Ilmo. Sr. D. José Malpartida Morano,  
Presidente,

Ilmo. Sr. D. José Hersilio Ruiz Lanzuela,

Ilmo. Sr. D. Manuel Poves Rojas.

En Madrid, veintitrés de abril de dos mil uno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia d Madrid, compuesta por los Ilmos. Srs. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 688/2001 interpuesto por RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., asistida por el abogado D. Francisco Sierra González, frente a la sentencia dictada, con fecha 31-10-2000, por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid en auto número 490/2000, siendo recurrida D<sup>a</sup> Enriqueta Gómez Salcedo, asistida y representada por el abogado D. José Garrido Palacios. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. MANUEL POVES ROJAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación letrada de la empresa condenada interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que estimó parcialmente la demanda, articulando los motivos primero a cuarto y sexto con procesal amparo en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y con la pretensión de que sean revisados los hechos probados primero, tercero, octavo y duodécimo, así como que se adicione al relato fáctico un nuevo apartado cuya redacción propone.

Ninguna de tales pretensiones revisorias ha de tener favorable acogida, ya que ninguno de los documentos a que se alude constatan que se haya incurrido en error alguno por parte del Juez "a quo", quien ha elaborado el relato fáctico de la sentencia a la vista de todo el material probatorio obrante en autos, cumpliendo así escrupulosamente lo que dispone el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Por otra parte en el recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal "ad quem", sólo de manera excepcional, puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas y únicamente cuando los documentos invocados pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que haya incurrido el Juez "a quo" o cuando los razonamientos que le han llevado a su conclusión fáctica carezcan de la más elemental lógica, lo que no sucede en este caso, debiendo por ello ser rechazados los motivos de suplicación primero a cuarto y sexto.

**SEGUNDO.-** El quinto motivo de suplicación lo formula el recurrente "con carácter alternativo y subsidiario al anterior" y por el cauce procesal

del apartado c) del art. 191 de la LPL, denunciando infracción de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución española, en relación con los artículos 94.1 de la LPL y 1.218 y 1.255 del Código Civil.

Este motivo es totalmente inviable pues ni siquiera se cita norma sustantiva alguna y no aparece indicio alguno de que los preceptos que cita el recurrente hayan sido ni remotamente infringidos, lo que conlleva su forzoso rechazo.

**TERCERO.-** El fondo de la decisión judicial es combatido por el recurrente en el séptimo motivo de suplicación, acusando a la sentencia dictada por el Juzgado de infringir lo dispuesto en los artículos 14 y 24 de la Constitución española, en relación con el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores y 179.2 de la LPL a tal efecto sostiene que no ha existido trato discriminatorio por razón de sexo ni de la consiguiente maternidad.

Para ser apreciada la vulneración de un derecho fundamental es preciso que quede plenamente acreditada que la actitud de la empresa no encuentra justificación ni amparo en ningún factor o elemento que no sea la arbitrariedad, ya que si se prueba que existen razones que acreditan que la actitud de la empresa obedece al poder de dirección que a tal efecto le otorga el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, no puede entenderse que la empleadora actúa en contra de algún derecho fundamental.

En este caso concreto, indudablemente la actora ha sido cambiada de puesto de trabajo ya que prestó servicios desde 1-3- 90 en el departamento de asesoría jurídica y desde 27-4-2000 ha sido trasladada al departamento de calidad y procedimientos que depende de la Dirección de auditoría interna.

En principio, tan dignas y respetables son las tareas de departamento de Asesoría Jurídica como las de la Dirección de Auditoría interna que el Juez "a quo" constata en los hechos probados cuarto y quinto de la sentencia combatida, respectivamente.

Por otra parte, constata también el Juez "a quo" que a partir de 1995 y como consecuencia de la globalización económica, privatización de la empresa y acceso al mercado de las telecomunicaciones, la asesoría jurídica tuvo que asumir respuestas en su ámbito de actuación a estas novedades. Finalmente ha de remarcar que la actora no ha trabajado durante los períodos que refleja el hecho probado decimocuarto. Concretamente, desde el 1-10-99 al 26-6-00 los días trabajados por la actora han sido solamente 81.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado de manera reiterada y constante que el principio constitucional de igualdad no se reputa infringido por la sola existencia de diferencias retributivas o de ubicación en un concreto puesto de trabajo de la empresa. Así pues, la empresa está perfectamente legitimada para promocionar a aquellos trabajadores que desarrollan un trabajo más intenso o con mayor dedicación.

Si en este caso concreto, aparece que en la empresa hay varios trabajadores que ostentan titulación superior, ello no significa que todos han de

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

cobrar lo mismo, habiendo declarado al respecto el TS en sentencia de 4-2-94 que el hecho de no haber recibido algunos trabajadores los incrementos de que otros se han beneficiado no se convierte en discriminación cuando la empresa respeta los mínimos legales y convencionales.

Como ha dicho esta Sala en su sentencia de 9-9-99, no basta para invertir la carga de la prueba que quien sea demandante se limite a alegar discriminación, sino que para lograr la verosimilitud de su imputación, hace falta probar la existencia de indicios de presencia de la discriminación señalada solamente entonces es cuando el demandado tiene la carga de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas.

Pues bien, en este caso concreto, la medida empresarial que consiste simplemente en trasladarla de un departamento a otro no tiene conexión alguna con la triple maternidad de la actora pues las razones organizativas de la empresa aparecen debidamente constatadas, no pudiendo admitirse la tesis de la sentencia de que las cuestiones que ahora tiene encomendadas la actora sean de una entidad muy inferior o de poca importancia. Al contrario, son evidentes las razones que llevan a la empresa a planear una nueva estrategia, siendo razonable que quienes han prestado a la empresa servicios que denotan una mayor dedicación, sean promocionados.

Ninguna consistencia ha de tener el planteamiento vertido en el séptimo de los fundamentos de derecho de la sentencia combatida, en el que el Juez "a quo" se refiere literalmente a unos hechos que han llamado sobremanera su atención, como dice literalmente, llegando a una conclusión que no puede ser compartida por esta Sala ya que la solución de la empleadora no puede ser una represalia ni entraña discriminación de la actora por su actitud vindicativa en el disfrute de sus derechos, como dice literalmente.

Así, pues, ha de ser revocada la sentencia combatida porque no ha existido vulneración de un derecho fundamental en el comportamiento de la empresa demandada, ya que el hecho de que la empresa diferencie a algún trabajador de otro u otros no entraña discriminación, siendo perfectamente lícito el que la empresa valore los conocimientos en el trabajo y la disponibilidad profesional de sus empleados para asumir nuevas responsabilidades.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, menester demostrar que la denunciada desigualdad o discriminación es totalmente vejatoria o menoscaba la dignidad de los afectados, y el hecho de mejorar las condiciones laborales de algunos trabajadores, aunque tales ventajas no hayan alcanzado a todos, no se convierte en discriminación que deba ser corregida judicialmente, cuando la empresa respeta los mínimos legales y convencionales. En este caso concreto, los embarazos de la demandante no provocan una situación discriminatoria, sino que la adscripción o el cambio a un nuevo puesto de trabajo obedece a la necesidades organizativas de la empresa, en virtud de la facultades que le concede el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores.

Como dice con acierto la recurrente, las diferencias en la promoción profesional y económica se encuentran fundadas en cuestiones absolutamente objetivas, y no sería justo que se promocionara por igual a la actora, cuando ni siquiera en sus períodos de alta mostró disposición para participar en los más recientes requerimientos del departamento de Asesoría Jurídica.

La sentencia infringe en consecuencia los preceptos que la recurrente cita en este motivo de suplicación por lo que procede su revocación, declarando que no ha sido vulnerado ningún derecho fundamental, lo que hace ocioso el examen del octavo motivo de suplicación.

### FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación planteado por RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A., asistida por el abogado D. Francisco Sierra González, frente a la sentencia dictada, con fecha 31-10-2000, por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid en autos número 490/2000, y, revocando totalmente la referida sentencia, debemos absolver y absolvemos a la demandada Red Eléctrica de España, S.A. de todas las pretensiones formuladas en su contra y dese a los depósitos constituidos el destino legal.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que el depósito de las 50.000 pesetas deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella, en su cuenta número 2.410 del Banco Bilbao Vizcaya de la calle Génova número 13 de Madrid por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala a tiempo de preparar el recurso presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c 287600000068801 que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Bilbao Vizcaya, sucursal 913, sita en la Glorieta de Iglesia de Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Expidase testimonio de la presente sentencia para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 23 DE ABRIL DE 2001

La tutela y protección de los derechos fundamentales, exige como es sabido que los poderes públicos sean conscientes de que en el marco de la Constitución, determinados derechos han de ser especialmente protegidos, porque en ellos se pueden lesionar aquellos aspectos de la personalidad que la sociedad tienen un especial interés en proteger.

En el derecho de igualdad e interdicción de la discriminación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha sido clara en relación con la necesidad de mantener unos niveles de compensación de la desigualdad para conseguir la igualdad real, (St. 128/87).

Por el contrario los jueces ordinarios, en relación con los derechos fundamentales, tienen un grado bajo de aceptación en el ejercicio concreto de algunos derechos, como la igualdad, que exige en su determinación una excesiva casuística, dada la diferenciación y el perfil de cada caso concreto.

Particularmente escandaloso resulta sin embargo un tribunal cuando omite cualquier consideración valorativa en el

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

análisis de un derecho fundamental, y en lugar de situarse en una jurisprudencia de valores, para analizar el cumplimiento de la igualdad real y efectiva, (art. 9.2 de la Constitución Española), sigue un razonamiento puramente conceptual, propio de la jurisprudencia de conceptos, con ausencia del análisis de los bienes jurídicos protegidos en la defensa de ese derecho.

El análisis de la sentencia que nos ocupa, trata de dilucidar si una maternidad continuada, en una empresa comercialmente agresiva con productividad controlada, exigencias de mercado y reciclaje a través de un master, tiene parangón con dos trabajadores varones, que solamente realizan una actividad laboral, y cuyos índices de valoración profesional se distancian precisamente cuando ocurre el hecho de la maternidad.

El juzgador ignora que es por la maternidad y no por otra circunstancia, que la actora disminuye su productividad, y en lugar de operar de forma compensatoria, considera que en su análisis que no tiene nada que ver con las medidas que adopta la empresa. Tal análisis, además de cerrar los ojos a la realidad que queda acreditada por los propios hechos probados en la sentencia de instancia, ignora que la maternidad, en las actuales circunstancias de natalidad, no es un problema individual de la actora, sino un problema

social, que debería haber sido sopesado en el análisis.

Ni siquiera se considera la inversión de la carga de la prueba común a los derechos fundamentales, inversión innecesaria porque los hechos hablan solos: una señora que produce a satisfacción de una empresa privada, pasa sobradamente los controles anuales, ve disminuido su rendimiento por la ausencia en su puesto de trabajo a causa de la maternidad. La empresa no valora conforme a la productividad de sus 81 días de asistencia, sino a los 365 de cada año. Tal situación no deja impasible a la actora, sino que la incomprensión de su situación la adentra en un cuadro de ansiedad, del que no es culpable aparentemente nadie, solamente la estructura sociolaboral que nadie de su entorno ve. Naturalmente menos que nadie el Tribunal que formado por tres varones es insensible a la situación que la actora vive.

El transcurso del tiempo va en su contra. Después de esta sentencia y por mas sana que fuera la actora en su juventud, su autoestima deberá estar bastante peor, salvo que su capacidad económica le permita seguir litigando, y el Tribunal Constitucional pueda darle la razón. Lamentablemente sin embargo, no podrá quizás devolverle la salud. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN).

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

**SENTENCIA DEL JUZGADO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO NÚM. 1 DE GRANADA, DE 23 DE ABRIL  
DE 2001. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO  
AL NO INCLUIR A CANDIDATA, EN SITUACIÓN DE BAJA POR MATERNIDAD,  
EN PROCESO DE SELECCIÓN PARA CUBRIR UN PUESTO  
DE TRABAJO PARA EL QUE ESTÁ PLENAMENTE CUALIFICADA.**

**TEXTO DE LA SENTENCIA**

En la ciudad de Granada, a veinticinco de abril del dos mil uno.  
Vistos por la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. Inmaculada Montalbán Huertas, titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N<sup>o</sup> 3 de Granada, sustituta reglamentaria del Juzgado Contencioso Administrativo n<sup>o</sup> 1 de Granada el presente Recurso Ordinario 292/99 seguido a instancia de. D<sup>a</sup> Carmen Pérez Estevez, asistida por la Letrada D<sup>a</sup>. Rosa María Benavides Ortigosa contra la desestimación presunta por silencio negativo, del recurso ordinario interpuesto contra la Resolución de 09-07-98 -dictada por la Dirección Provincial del INEM en Granada-, constando asistida en autos la Administración demandada por el Letrado del Estado. Y personándose como Codemandadas D<sup>a</sup> Belen García Torreblanca, D<sup>a</sup> Aurora Molina Vallejo, D<sup>a</sup> Estrella Alvarez López, D<sup>a</sup> Mercedes Cándido Ortiz y D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Martínez Fajardo, asistidas por el Letrado D. Francisco Mazuecos Tellado; D<sup>a</sup> Consuelo Martín Gutiérrez, asistida por la Letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Morenilla Burló; D<sup>a</sup> Brigida Peula Portales y D<sup>a</sup> Antonia Raya Espinosa, asistidas por el Letrado D. Felipe Villa Rodríguez.

La cuantía del presente procedimiento es de Indeterminada.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso, se reclamó el expediente administrativo a la Administración demandada. Recibido dicho expediente, se entregó a la demandante para que plazo de veinte días formalizara la demanda y así lo verificó mediante escrito presentado con fecha 4-1-00 que obra unido a autos, en cuyo suplico solicita que, tras los trámites legales, se dicte sentencia por la que declare: a) Nulidad del acto por el que la demandante no fue incluida en el listado genérico remitido por el INEM a la Consejería de Educación y Ciencia, b) El derecho de la demandante de haber sido incluida en dicho listado y haber sido preseleccionada, c) La vulneración del art. 14 de la Constitución Española, por lo discriminatorio que tal acto administrativo resulta, d) El derecho al percibo de cantidades en concepto de los daños y perjuicios ocasionados con la no inclusión en tal listado, y

que en principio se concretan en los salarios dejados de percibir, así como la falta de cotizaciones a la Seguridad Social. Admitida la demanda, se ordenó traslado de copia a la Administración demandada y se reclamó el expediente; presentándose por el Abogado del Estado escrito de contestación a la demanda con fecha 24-2-00, que de igual forma obra unido a las actuaciones. Se dio traslado de la demanda a los Codemandados, presentando escritos de contestación que obran unidos a los autos.

Por las partes se presentaron escritos de conclusiones, los cuales obran unidos a las actuaciones.

**SEGUNDO.-** En la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales esenciales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El objeto del pleito es la desestimación presunta por silencio negativo, del recurso ordinario interpuesto contra la Resolución de 09-07-98 -dictada por la Dirección Provincial del INEM en Granada- denegando a la demandante la solicitud de inclusión entre los candidatos remitidos para oferta de empleo presentada por la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía.

Hechos acreditados en el expediente administrativo:

1<sup>o</sup>.- La actora era perceptora de prestaciones por desempleo (Resolución de 18-08-97) durante el período 01-08-97 -30-03-98. El 27-12-97 presentó Parte de Baja por maternidad en la Oficina de Empleo de Armilla donde estaba inscrita.

2<sup>o</sup>.- El 12-01-98 la Delegación Provincial de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía en Granada, presentó oferta de empleo (n<sup>o</sup> 0111/180050097/1.006) para la contratación temporal de quince plazas de Monitores de Educación Especial. Solicita del INEM remisión de dos candidatos por puesto de trabajo ofertado en plazo de 15 días e

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

incluye el siguiente perfil profesional: posesión del título FP II en la especialidad de Educación de Disminuidos Psíquicos y experiencia profesional acreditada de seis meses.

- 3º.- El 21-1-98 el INEM de Granada envía a la Delegación una relación de 30 candidatos sin incluir a la actora, quién posee la titulación exigida y experiencia profesional de 70 meses. En la base de datos del INEM su demanda de empleo contenía la anotación de "SUSP. POR MATERNIDAD" con fecha de inicio de 02-01-98 (Folio 32 expediente). El 08-04-98 presentó el Alta médica.
- 4º.- El 6-2-98 la actora solicitó su inclusión entre las candidatas. La Delegación Provincial del INEM en Granada desestimó dicha petición argumentando que, al tiempo de la oferta, estaba suspendida su demanda de empleo por un período máximo de 16 semanas por hallarse en situación de incapacidad temporal para el trabajo.
- 5º.- La Delegación Provincial de Educación y Ciencia seleccionó a los candidatos más idóneos remitidos por el INEM y celebró contrato laboral con once ya que el resto de las plazas (4) las cubrió la Delegación de Gobierno. No consta acreditado que creara una bolsa de trabajo con el resto de los presentados no seleccionados.

**SEGUNDO.-** La actora afirma que la actuación de la Administración demandada (INEM) supone un trato discriminatorio por razón de sexo -prohibido por el art. 14 de la Constitución Española- pues implica que cualquier trabajadora desempleada deja de ser demandante de empleo y deja de estar inscrita en el registro habilitado al efecto por el solo hecho de hallarse de baja por maternidad; aunque cumpla los requisitos exigidos para acceder a los puestos de trabajo ofertados por otras Administraciones o empresas.

El Abogado del Estado, en nombre del INEM, sostiene que si hubiera ofertado los puestos de trabajo a la demandante, habría conculcado el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores. En esta norma se recoge el descanso obligatorio de la madre durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Esta postura es compartida por algunas de las candidatas contratadas, personadas voluntariamente en el proceso como codemandadas.

Llegados a éste punto, la cuestión jurídica se centra en determinar si constituye una discriminación legal por razón de sexo -prohibida por el art.14 de la Constitución Española- el hecho de que una Administración dedicada al fomento del empleo no presente para quince puestos de trabajo a una trabajadora desempleada inscrita en sus archivos -aún apareciendo apta para desempeñar la actividad ofertada- por el dato de estar de baja por maternidad y no poder ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo, por ser obligatorio el descanso de la madre durante las seis semanas posteriores al parto.

Para resolver dicha cuestión, debe tenerse en cuenta el art. 14 de nuestra Constitución Española (C.E.); art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), - que contempla los supuestos de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo- y el art. 26 de la Ley 31/95 de Protección de Riesgos Laborales, dónde se obliga al empresario a adoptar medidas necesarias para evitar riesgos para la seguridad o salud de mujeres trabajadoras, embarazadas o en periodo de lactancia. Asimismo, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ( TJCE) elaborada a partir de las 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. El art. 2 de la Directiva dispone lo siguiente: "1.- El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.... 2.- La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad".

En interpretación de dicha Directiva, el TJCE ha declarado en varias sentencias (S. 30-04-1998, Thibault C-136/95 Rec. P. I-2011; S. 03-02-2000, C-207/98 (EDE 2000/62, Sala Sexta) que "el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del art. 2, apartado 3 de la Directiva, no puede ser objeto de un trato desfavorable en lo que atañe a su acceso, al empleo y a sus condiciones de trabajo y que, desde ésta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no puramente formal". En S. 08-11-90, Dekker, C-177/88 Rec. P. I-3941, dicho Tribunal afirma que no resulta admisible justificar la actuación discriminatoria por los posibles perjuicios económicos del empresario, caso de contratar a una trabajadora en situación de baja maternal.

A la vista de los hechos antes relatados y de las normas jurídicas reseñadas debemos concluir que la no presentación de la candidatura de una trabajadora desempleada, en reciente baja maternal, no puede justificarse por su encaje en el concepto formal de "Incapacidad Temporal". En primer lugar, porque tal situación solo está prevista para casos de preexistencia de relación laboral (art. 45.1c) del Estatuto de los Trabajadores) y en el presente supuesto no existe una relación laboral entre la Sra. Pérez y el INEM. Existe una relación administrativa por la cual el INEM -por su propia naturaleza y funciones- queda obligado a facilitar el acceso al empleo de la Sra. Pérez. En segundo lugar, porque en éste caso resulta irrelevante la incapacidad real para cumplir uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo -cual es la disponibilidad inmediata de la trabajadora para el empresario- puesto que la protección que el Derecho Comunitario e Interno garantiza a la mujer embarazada y después del parto "no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su 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 (S. 03-02-2000 TJCE Sala Sexta y S. 14-07-1994, Webb C-32/93, Rec. P. I-3567) y en ésta línea discursiva resulta intrascendente que el contrato sea de duración temporal o indefinida.

De estos dos pronunciamientos se constituye de manera lógica que la Sra. Pérez, aunque presentara baja médica por maternidad, no debió ser tenida como "incapaz laboral" por el INEM ni ser suspendida en su demanda de empleo. La actuación de INEM carece de cobertura jurídica y resulta ilegal por las razones que se exponen seguidamente.

**TERCERO.-** La discriminación por razón de sexo -directa o indirecta- está prohibida por el art. 14 de la Constitución Española que recoge el princi-

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

pio de igualdad ante la Ley. Los poderes públicos deben respetar y quedan vinculados a tal principio (art. 53 Constitución Española) así como al resto de derechos y libertades reconocidas en el Capítulo 2º del Título I Constitución Española.

En aplicación de dicha normativa constitucional, se revela discriminatoria e ilegal la actuación administrativa consistente en no presentar la candidatura de una trabajadora desempleada demandante de empleo, en baja maternal, a las ofertas de trabajo para las que en principio se revela como apta. La negativa del INEM a presentar como candidata a la Sra. Pérez, para los quince puestos de trabajo ofertados por la Delegación, supone una discriminación indirecta por razón de sexo: es una desigualdad de trato derivada de la interpretación desfavorable del obligado período de descanso maternal que solamente puede oponerse a las mujeres. En la Sentencia Dekker antes citada se analiza un supuesto de discriminación directa por razón de sexo, cual es la negativa de contratación debida al embarazo.

Debe significarse que dicha actuación se califica como discriminatoria por el resultado peyorativo para la persona afectada y con independencia de la intención o no de discriminar del sujeto activo, en éste caso la Administración. No obstante, a la vista del certificado emitido por la Directora del INEM (Folio 122 autos) donde expone que se procede a "suspender" la demanda de empleo en el caso de que cualquier demandante de empleo receptor de prestaciones presente un Parte de Incapacidad Temporal e independientemente del tipo de incapacidad, debe recordarse a la Administración que ya el TJCE en su Sentencia 14-07-94 (caso Web) diferenció por completo la situación de un trabajador enfermo de la de una mujer embarazada o en periodo de lactancia, considerando la equiparación, en sí misma, discriminatoria. De suerte que el procedimiento burocrático seguido por el INEM para consignar las bajas maternales -encontrándolas en la clave informática "suspensión" de la demanda de empleo y equiparándolas a las Incapacidades Temporales- no sólo carece de cobertura legal; sino que, además, de manera automática provoca un efecto discriminatorio para todas las trabajadoras desempleadas demandantes de empleo que cumplen con su obligación de comunicar la baja maternal. Efectivamente, la utilización de dicha clave informática produce el efecto de que las mujeres demandantes de empleo en baja maternal son ignoradas y no existen durante al menos 16 semanas para el sistema informático del INEM en Granada, cuando realiza labores de búsqueda de candidatos para puestos de trabajo ofertados.

El INEM, como el resto de las Administraciones, está obligado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva y debe eliminar los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de tales derechos (art. 9.2 Constitución Española); en éste caso, debe garantizar el derecho al acceso al empleo de las mujeres en baja maternal, presentando sus candidaturas si aparecen aptas para la actividad profesional en cuestión, pues deben ser las empresas -también vinculadas por el principio de no discriminación- quienes decidirán sobre la contratación de dichas trabajadoras, tras las pruebas oportunas y valoración de la idoneidad de aquellas.

Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar que la actuación del INEM ha lesionado el derecho de igualdad del art. 14 de la Constitución Española y procede declarar la nulidad de pleno derecho la Resolución recurrida en aplicación del art. 62.1a) de la Ley 30/92.

**CUARTO.-** La demandante solicita indemnización económica por los perjuicios sufridos a causa de la actuación discriminatoria de la Administración; concreta su pretensión en los salarios dejados de percibir y cotizaciones, tomando como referencia las percibidas por otras solicitantes que fueron contratadas. El art. 139 L. 30/92 dispone que " Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en sus bases y derechos, salvo caso de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos".

El Abogado del Estado se opone argumentando que la demandante no ha probado que, de ser presentada su candidatura, hubiera sido seleccionada por la Delegación Provincial de Educación y Ciencia. Obviamente tal hecho no puede ser objeto de prueba directa porque se refiere a un evento frustrado; pero puede ser objeto de la prueba indirecta o prueba de presunciones autorizada por el art. 1.249 y 1.253 del Código Civil.

En el expediente administrativo consta la oferta de empleo emitida por la Delegación Provincial de Educación y Ciencia (Folio 27); una comunicación (Folio 25) emitida por el Servicio de Intermediación y Apoyo a la Contratación -servicio que gestionó la oferta de empleo de la Delegación Provincial de Educación y Ciencia- así como los documentos acreditativos de la titulación y experiencia profesional de la actora. Tales documentos acreditan los siguientes hechos:

- a) El INEM obtuvo 18 candidatas con experiencia profesional y completó hasta 30 -en respuesta a la petición de la Delegación Provincial de Educación y Ciencia- atendiendo sólo al criterio de antigüedad en la titulación.
- b) La Delegación Provincial de Educación y Ciencia seleccionó a 11 candidatas de las presentadas por el INEM; ya que el resto, en número de 4, fueron cubiertas por la Delegación Provincial de la Consejería de Gobernación. No consta que las contrataciones estuviesen destinadas a cubrir ninguna plaza con carácter urgente.
- c) Las seleccionadas suscribieron contrato temporal regulado en el RD 2546/94, con jornada de 37.5 horas semanales y sueldo de 228.192 ptas. más pagas extras.
- d) La actora solicitó de forma inequívoca su deseo de incorporarse al proceso de selección y al tiempo de la oferta estaba en posesión de la titulación exigida (Formación Profesional de 2º grado) y con creces superaba los seis meses exigidos de experiencia profesional en la actividad de Monitora de Educación Especial. En total estuvo contratada 23 meses en la Asociación de Padres Autistas de Granada, 42 meses en la Asociación de Padres de Niños con Parálisis Cerebral de Granada; 3 meses en el Centro Psicopedagógico Reina Sofía de Armilla y 2 meses en el Centro de Educación Especial "Jean Piaget" de Granada.
- e) La actora era perceptora del subsidio de desempleo al tiempo de la oferta de trabajo. Durante la baja por maternidad el INEM le abona hasta el 100% de su base reguladora.

De los anteriores hechos base y especialmente del hecho relativo a la cualificada y dilatada experiencia profesional de la actora en la específica actividad profesional demandada (Educación de personas deficientes) debe concluirse de modo lógico y natural el hecho consecuencia que si la actora hubiera sido presentada por el INEM a la oferta de trabajo, habría

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

sido seleccionada y obtenido uno de los once contratos de trabajo finalmente celebrados, con su correspondiente remuneración económica. Si no se concluyera de ésta manera y se admitiera la tesis de los demandados - esto es, que no sería normal y lógico que un empresario contratara a una trabajadora en baja post-partum no disponible- éste órgano judicial estaría protegiendo y consolidando una práctica de discriminación directa por razón de sexo, intolerable para una sociedad democrática como la nuestra que fundamenta el orden político y la paz social en el respecto de los derechos fundamentales ( art. 10.1 CE.) entre ellos el derecho de igualdad del art. 14. En éste caso, la Delegación Provincial de Educación pudo contratar a la actora y sustituirla por algún componente de las bolsas de Trabajo, con las correspondientes bonificaciones en la Seguridad Social previstas para las sustituciones de trabajadoras en licencia por maternidad.

La remuneración económica dejada de obtener por la actuación discriminatoria del INEM (lucro cesante), es un perjuicio cierto o daño efectivo -en expresión del art. 139.2 de la Ley 30/92- perfectamente cuantificable en atención a las siguientes bases: duración media de los contratos celebrados por la Delegación de Educación con las candidatas presentadas por el INEM y retribuciones económicas percibidas por dichas contratadas durante ése tiempo. A la cantidad resultante debe deducirse el importe de las prestaciones por desempleo obtenidas por la actora en el período por el que habría estado contratada por la Delegación Provincial de Educación. Estas bases o parámetros se concretarán en ejecución de sentencia -como autoriza el art. 71.1d) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo -estimándose en éste punto la petición de la actora.

**QUINTO.-** De conformidad con el art. 139 LJ, por no apreciarse mala fe o temeridad en el recurrente, no se hace especial pronunciamiento sobre las costas.

**SEXTO.-** Las sentencias de los Juzgados de lo contencioso-administrativo son susceptibles del recurso de apelación según establece el art. 81 de la L.J.C.A. 29/98 de 13 de Julio de suerte que en el procedimiento que nos ocupa, de cuantía indeterminada, es susceptible de dicho recurso, al no hallarse enmarcado en las excepciones de las letras a) y b) del apartado 1 de referido artículo.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación **EN NOMBRE DE S.M El Rey** y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLO

1º.- Estimo el Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por la Letrada Dª Rosa Mª Benavides Ortigosa, en nombre y representación de Dª Carmen Pérez Estevez, contra la desestimación presunta del recurso ordinario interpuesto contra la Resolución de 06-02-1998, dictada por la Dirección Provincial en Granada del INEM.

2º.- Anulo dicha Resolución, por no ser conforme al derecho de igualdad del art. 14 de la Constitución Española .

3º.- Declaro el derecho de Dª Mª del Carmen Pérez Estevez a ser incluida en la relación de demandantes de empleo presentados como candidatas ante la oferta de empleo nº 0111/180050097/1006, de quince puestos de trabajo de la Delegación Provincial de Educación y Ciencia, de la Junta de Andalucía.

4º.- Declaro el derecho de Dª María del Carmen Pérez Estevez al abono de la cantidad que, en concepto de daños y perjuicios, se fije en ejecución de sentencia y conforme a las bases establecidas en esta.

5º.- No se hace expresa declaración sobre las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes. Contra ella cabe recurso de apelación, en plazo de quince días, a contar desde la notificación de la presente, a presentar en éste Juzgado para ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Llévese certificación literal de ésta sentencia a los autos originales y el original al Libro de su clase. Firme que sea, remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al correspondiente órgano administrativo.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACION.-** Dada, leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Il.tra. Sra. Dña. Inmaculada Montalbán Huertas, Magistrada de este Juzgado, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚM. 1 DE GRANADA.

En esta Sentencia el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Granada aborda un supuesto de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, en concreto en la fase de acceso al mismo.

Los hechos son brevemente los siguientes: En 1998 la Delegación Provincial de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía en Granada presenta una oferta de empleo para la contratación de quince Monitores de Educación Especial, solicitando que el INEM le remitiera una lista con un total de treinta posibles candidatos para cubrir dicha oferta de empleo. El perfil profesional era el siguiente: posesión del Título de FP II en la especialidad de Educación de Disminuidos Psíquicos y experiencia profesional acreditada de seis meses.

El INEM le remite la lista solicitada, pero sin incluir en ésta a la actora, trabajadora desempleada que poseía la titulación requerida y más de setenta meses de experiencia profesional. La actora solicita expresamente al INEM su inclusión entre los candidatos propuestos, pero éste deniega tal solicitud alegando que la situación de baja por maternidad en que se encontraba le incapacitaba temporalmente para ese trabajo. La actora impugna esta resolución administrativa al entender que le discrimina por razón de sexo, al excluirla de un proceso de selección para un puesto de trabajo por razón de su maternidad. El Juzgado de lo Contencioso

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Administrativo núm. 1 de Granada dará la razón a la recurrente.

La cuestión principal de esta resolución judicial radica, por tanto, en determinar si la negativa del INEM a incluir a la actora en la lista de candidatos preseleccionados para cubrir un puesto de trabajo para el que se encuentra perfectamente capacitada, negativa fundada exclusivamente en la situación de baja por maternidad de ésta, resulta discriminatoria.

Para el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, que sigue en este punto la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la situación de baja por

maternidad no es equiparable a la situación de "Incapacidad Temporal". De otro modo, la protección que el ordenamiento jurídico otorga al embarazo y a la maternidad no sería tal puesto que estas circunstancias constituirían un obstáculo para el acceso al empleo de la mujer, generando situaciones discriminatorias que sólo afectarían a las mujeres.

Por esta razón, estima el recurso interpuesto por la actora, declarando que el INEM incurrió en trato discriminatorio por razón de sexo. Además, sienta las bases para la cuantificación económica del perjuicio causado a la recurrente. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ)

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

## SENTENCIA DE LA EXCMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA, DE 26 DE FEBRERO DE 2.001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José M<sup>o</sup> Magaña Calle

Acusación Particular: Lda. Sra. Aurora Genovés García

(...)

TERCERO.- Por otro lado, y con relación al delito de Amenazas es preciso tener presente que 1º En primer lugar, y con carácter general, como afirma la Sentencia del AP. de Cáceres de 5 de febrero de 199.8 en relación con el delito o falta de amenazas es uno de los ilícitos que mayor relativismo presenta" (STS de 3-5-89) 2º. Por tanto, y en segundo lugar, es evidente que en muchos casos debe acudir a las personas del círculo íntimo donde las amenazas, o de la misma forma, las injurias se profieren. 3º Ello es más necesario aún en el círculo familiar, puesto que en primer lugar es evidente que la causa proviene de una crisis en las relaciones, y por otro que el resto de la familia vivan con más intensidad la problemática derivada de esas relaciones conflictivas. 4º. De ahí, por último, que no baste para rechazar (o de minimizar) la prueba la simple constatación de relaciones familiares, y la conflictividad derivada de la situación de crisis conyugal, sino que debe exigirse, junto al rigor evidente en el análisis de la prueba a fin de destruir el principio "in dubio pro reo", una acreditación verosímil de que el testigo la propia víctima fabrican o se apartan de la realidad al narrar, lo sucedido".

Pues bien, desde tales coordenadas, a su vez, es preciso tener presente, como señala la Sentencia de la AP. de Valladolid de 7 de julio de 2000 que son elementos integrantes del delito de amenazas del Art. 169 del Código Penal. a) Una conducta del sujeto activo que sea capaz de causar una intimidación a la víctima dándole a entender la ejecución contra él o contra otras personas con las que esté íntimamente vinculado, de un hecho que constituya alguno de los delitos incluidos en la descripción típica; b) El propósito del sujeto activo de presionar a la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego; y c) La concurrencia de determinadas circunstancias personales y de tiempo y lugar que permitan valorar la potencialidad y eficacia de la emisión y recepción del anuncio mal a fin de, en su caso, determinar la intensidad de la conducta y, en consecuencia, la gravedad de la misma. (En el mismo sentido, y sentando doctrina jurisprudencial pacífica, las Sentencias del T.S. de 2/2/81, 19/9/86 y 30/3/89)

### COMENTARIO

La sentencia que comentamos, condena por un delito de amenazas al denunciado, que por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Córdoba fue condenado por una falta de amenazas por los mismos hechos.

Analiza el ponente, una vez más, la prueba obrante en el

Juzgado de lo Penal y vuelve a valorarla otorgándole todo el sentido y sus consecuencias jurídicas, que se habían obviado en el primer juicio, de esta manera, analizando desde una perspectiva más acertada, no carente del matiz de género, concluye en una condena por un delito y no por una falta.

El ilícito de las amenazas lesiona la libertad de decisión y actuación personal cuyo bien jurídico protegido es la facultad de libre determinación de la voluntad individual, teniendo carácter residual o subsidiario de otras infracciones de análoga índole, que merced a los principios de especialidad o gravedad, sólo entran en juego cuando el comportamiento del culpable no es subsumido en éste, habiéndole atribuido el dolo específico de atentar contra la libertad de obrar del ofendido, aunque la más reciente doctrina científica y jurisprudencial considera el genérico de la simple finalidad maliciosa del agente cuya dinámica comisiva requiere que el sujeto activo emplee y consiga la imposición de su voluntad sobre la del agraviado/a, a través del ejercicio de la violencia en sus manifestaciones de fuerza física o de presión moral intimidatoria equivalente, o bien violencias extrapersonales sobre los casos, "vis in rebus"

A diferencia de las relaciones existentes entre los sujetos cuando las amenazas se dan en un ámbito distinto al familiar, en el caso que nos ocupa amenazante y amenazada son o han sido pareja, tienen una historia en común, intereses comunes y se conocen perfectamente, el agresor utiliza este conocimiento para intimidar a la víctima, conoce de antemano lo que puede resultar dañino, como reaccionará la mujer y lo utiliza, de esta manera la finalidad de la amenaza se cumple con más facilidad. No solo actúa como un delito en sí mismo, sino que tiene un efecto secundario cual es reforzar los otros ilícitos con los que se suele acompañar. De esta manera la combinación de amenazas-injurias, amenazas-lesiones, amenazas-agresiones sexuales, deja a la víctima sin posibilidad de defenderse, de escaparse de la influencia de su agresor y se mantiene en la sumisión incapaz de resolver la situación.

El agresor consigue lo que pretende con la dominación de la víctima, el sometimiento psicológico o la voluntad ajena por medio del miedo. Son amenazas, normalmente, no condicionales, no se pretende que la mujer haga o deje de hacer algo concreto, sino que esté en un constante sentimiento de peligro, de intimidación permanente, conscien-

## JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

te de que "algo" le puede pasar en cualquier momento y de que su vida depende de la voluntad de su pareja.

En la sentencia se analiza el efecto sobre la víctima, lo que la mujer sintió, no lo que debió sentir, pues para apreciar el daño realizado por la amenaza, la profundi-

dad y alcance de la intimidación, el Juzgador debe de analizar la situación de ambos sujetos en el ámbito de las relaciones familiares. (Lda. Dña. Aurora Genovés García. Asociación Derecho y Democracia Servicio de Defensa Legal).

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**STC de 16 de octubre de 2000, núm. 241**, indemnización por muerte en accidente de tráfico de un señor que casado y no separado convive maritalmente con otra mujer, el TC opta porque se distribuya entre la esposa y la compañera sentimental, y se declara constitucional el establecimiento de un solo montante indemnizatorio que luego se reparte entre las dos y sus hijos utilizando como criterio el principio de prorrata temporis, no en función del tiempo de convivencia efectivo con una y otra, sino en función de la duración de ambas relaciones, 25 años de matrimonio con la esposa y 18 de convivencia con la compañera sentimental.

**STC de 15 de enero de 2001, núm. 4**, recurso de amparo frente a la sentencia de apelación que modifica la guarda y custodia del hijo, acordándola compartida por meses alternos sin haber sido planteada por los litigantes. El TC desestima el amparo solicitado por la recurrente al considerar que no concurre incongruencia lesiva del art. 24 de la CE, ya que la decisión judicial se toma en interés del menor. Aquí la determinación del régimen de visitas se realiza por el órgano jurisdiccional sin que haya sido pedido por ninguno de los padres, sin embargo se justifica por el TC en la medida en que en los procesos matrimoniales se deroga el principio dispositivo y en interés del menor se pueden adoptar decisiones, como la que nos ocupa, sin tener en cuenta la petición de los padres.

**STC de 26 de febrero de 2001, núm. 55**, D. M.G tiene un hijo extramatrimonial, D. J.M. B. viviendo éstos y la madre en la misma localidad. El padre quiere que se reconozca judicialmente su paternidad e interpone demanda de determinación de filiación paterna no matrimonial contra el hijo que se opone a ese reconocimiento. Se estima la demanda en primera instancia y se confirma en apelación pero el TS revoca esta resolución y desestima la pretensión de reconocimiento de la paternidad ya que el hijo se niega a la práctica de las pruebas biológicas y por lo tanto no se puede determinar la misma. El padre recurre en amparo y el TC anula la STS para que dicte otra en la que ampare el derecho del padre.

## TRIBUNAL SUPREMO

**STS de 22 de noviembre de 2000, núm. 1084**, el TS confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que declaró la paternidad del recurrente en casación respecto a dos hijos gemelos habidos con la demandante de la declaración de paternidad. La negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la paternidad no constituye por sí sola «ficta confessio» pero valoradas junto con otras pruebas indiciarias permite la declaración de la paternidad.

**STS de 27 de marzo de 2001**, sobre parejas de hecho donde se admite una indemnización compensatoria por ruptura de la convivencia, en este caso los convivientes durante más de veinte años sin contraer matrimonio ponen fin a su relación y se estima por el TS el derecho de la mujer a percibir una indemnización compensatoria por el tiempo de convivencia y su dedicación al otro conviviente y a los hijos.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

**ST AP de Zaragoza de 19 de febrero de 2001**, donde se confirma la sentencia de instancia que confiere la tutela de hermanas cuya madre ha fallecido a una tía materna negando la tutela a los abuelos paternos que la reclamaban. Preferencia de una mujer que además es familia de la madre frente a los abuelos pertenecientes a la vía paterna.

## JUZGADOS DE LO SOCIAL

**SJS de Girona de 18 de enero de 2001**, la recurrente ha optado por dar a luz en su propio domicilio en lugar de en el hospital correspondiente, tras ello reclama los gastos al Servicio Catalán de la Salud y al Instituto Nacional de la Seguridad Social ante el Juzgado de lo Social que desestima la demanda al considerar que la satisfacción de los deseos de la actora, cuya conveniencia no analiza, no obliga a reintegrar los gastos ya que en nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema público de protección de necesidades al que podría haberse acogido y como voluntariamente opta por el sistema domiciliario no procede reintegración de los gastos del parto.

## NOTICIAS

- El Defensor del Pueblo, Enrique Múgica, instó en el Senado al Consejo General del Poder Judicial a que proponga al Gobierno la creación de órganos judiciales especializados para conocer de los asuntos de violencia doméstica.
- El Instituto Andaluz de la Mujer ha venido manteniendo reuniones con las Asociaciones de Mujeres, Agentes Sociales y Partidos Políticos para darles a conocer el Borrador del Plan de Acción del Gobierno Andaluz contra la Violencia hacia las Mujeres (2001-2004), que se presentó a los Medios de Comunicación en el mes de junio pasado y que contiene veinte medidas estructuradas en tres bloques, un primer bloque sobre Prevención y Sensibilización; un segundo bloque de Atención a las Mujeres que a su vez se subdivide en medidas de atención legal y medidas de atención social; y finalmente un tercer bloque de Coordinación Institucional.
- La fiscalía de Cataluña ha comunicado que perseguirá todos los casos de ablaciones aunque se practiquen fuera de España, y ya investiga un caso de ablación de una niña que fue trasladada al país de origen para evitar su condena en España.
- La Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía ha firmado convenios con los Colegios de Abogados de Sevilla, Málaga, Granada, para establecer un Turno de Oficio específico para las víctimas de malos tratos que comprenderá una actuación letrada especializada e integral, para que sea un único letrado/a el que asista a la mujer en todos los procesos penales y civiles que inste como consecuencia de los malos tratos.
- El 2 de abril de 2001, se ha publicado el Informe de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea (2000).
- La Asamblea de diputados de Francia ha aprobado una enmienda del Gobierno al proyecto de ley sobre la igualdad profesional entre hombres y mujeres que deroga la prohibición del trabajo nocturno de mujeres en la industria, adaptando una directiva europea sobre igualdad en el trabajo y derogando una normativa de 1892, ya que la UE amenazaba con multar a Francia con 144.826 euros al día si no derogaba ese impedimento.

**Instituto Andaluz de la Mujer**

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

**Teléfono de Información a la Mujer**

**900 200 999**