

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

SUMARIO

PRESENTACIÓN

- **Teresa Jiménez Vilchez.**
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer. 2

DOCTRINA

- **Patricia Laurenzo Copello.**
Catedrática de Derecho Penal. Universidad de La Laguna.
"El aborto en la Jurisprudencia: Crítica y Alternativas". 3
- **María Ángeles Martín Vida.**
"Los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las
Comunidades Europeas en materia de acciones positivas". 9

LEGISLACIÓN

- **Decisión del Consejo de la Unión Europea (2000/228/CE).** De 13 de marzo de 2000. Relativa a las Directrices para las Políticas de Empleo de los Estados Miembros para el año 2000. 15
- **Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo.** De 29 de junio de 2000. Relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. 16
- **Instrumento de Ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea.** Hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. 18

JURISPRUDENCIA

- **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. TJCE.**
Sentencia de TJCE, de 6 de julio de 2000 (Sala Quinta). 21
- **Tribunal Constitucional. TC.**
Sentencia de TC, 183/2000 de 10 de julio. Indemnización por despido discriminatorio por razón de sexo, por basarse en salario contrario al Artículo 14 CE. 29
- **Tribunal Constitucional. TC.**
Sentencia de TC, 203/2000 de 24 de julio de 2000. Denegación de excedencia a funcionaria interina para el cuidado de su hijo. 40
- **Tribunal Supremo. TS.**
Sentencia del TS, de 3 de marzo de 2000. Absolución por delito de violación con abuso de enajenación de la víctima. 45
- **Tribunal Supremo. TS.**
Sentencia del TS, de 17 de febrero de 2000. Nulidad de la compraventa realizada por el esposo en perjuicio de los Derechos de la Mujer. 47
- **Jurisprudencia de otras Instancias.**
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de abril de 2000. Indemnización por el trabajo doméstico realizado durante el matrimonio. 51
- **Tribunal Superior de Justicia de Galicia.** de 24 de enero de 2000. La depresión causada por una situación de acoso sexual en el trabajo ha de considerarse accidente laboral. 52

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES 54

NOTICIAS 55

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

Instituto Andaluz de la Mujer

NÚM.5 • SEPTIEMBRE 2000

PRESENTACIÓN

TERESA JIMÉNEZ VILCHEZ
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer.

Las estadísticas respecto a las agresiones sexuales que se producen contra las mujeres no son más que un pequeño reflejo de la realidad, ya que se calcula que se denuncian una mínima parte de las que efectivamente se producen. Son muchas las causas por las cuales las mujeres no denuncian estas agresiones entre otras: vergüenza, culpabilidad, miedo al agresor o a no ser creídas, dificultades probatorias,...Sin embargo, algo es prácticamente común a todas las víctimas: el desconocimiento y el miedo ante el proceso judicial, ya que, al trauma que sufre tras la agresión sexual, se le puede añadir el daño que le supondría la falta de respuesta de las instancias implicadas.

Prácticamente a diario, nos encontramos con noticias en los medios de comunicación sobre las resoluciones de las distintas instancias judiciales en relación con la violencia de género. Así, recientemente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha estimado que la introducción, por el agresor, de los dedos en la vagina de la víctima es una conducta no constitutiva del delito de violación, por lo que rebaja, de seis a cuatro años, la pena de cárcel impuesta. Si bien el delito de agresión sexual castiga, junto al acceso carnal sin consentimiento de la mujer y la penetración anal o bucal, la introducción de objetos, la interpretación que se realiza en esta resolución es que los dedos u otros miembros del cuerpo del agresor no pueden ser considerados <<objetos>> a efectos del art. 179 del Código Penal, puesto que son miembros del propio cuerpo del agresor.

También el Tribunal Supremo ha rebajado, de nueve a seis años, la condena a un hombre que violó a su mujer al estimar que no procede la aplicación de la agravante de parentesco, puesto que, entre el agresor y la víctima- su mujer- había desaparecido ya la relación de afectividad y, de hecho, estaba rota la relación conyugal. Así mismo, este alto Tribunal ha anulado la condena de cinco años de prisión por un delito de abusos sexuales contra una joven con retraso mental, al estimar

que existió consentimiento de la víctima, por lo que impone una multa de ciento veinte mil pesetas.

Encontramos más instancias en las que se minimiza la violencia contra las mujeres; por ejemplo: una sentencia de la Audiencia de Barcelona ha reducido a nueve años la condena de dieciocho que le fue impuesta a un hombre que violó dos veces, en el mismo día, a su esposa, al aplicar la atenuante de alcoholismo crónico. Otra sentencia de la misma Audiencia ha rebajado de cinco a dos años y medio la condena a un hombre que intentó agredir sexualmente a una joven sordomuda, de 19 años, por estimar que no resulta de aplicación la agravante prevista en el Código Penal cuando los delitos sexuales se cometen sobre personas especialmente vulnerables. En esa resolución, se estima que la sordomudez de la víctima no la convierte en un ser especialmente vulnerable y que, por tanto, no debe gozar de una mayor protección. Y, por su parte, la Audiencia Provincial de Pontevedra ha dictado una sentencia, en un caso de violación, en la que impone una pena bastante inferior a la solicitada por el fiscal, pues considera que la violencia ejercida por el agresor no sólo no <<revistió un carácter especialmente degradante>>, sino que incluso éste <<se ofreció a traer un vaso de agua a la víctima cuando, después de penetrarla bucalmente y eyacular, ella empezó a tener arcadas>>.

Estos y otros muchos casos más son una pequeña, aunque muy alarmante, muestra de la respuesta de la Administración de Justicia a la violencia de género, concretamente en relación con las agresiones sexuales. Sin lugar a dudas, el Código Penal requiere de una revisión en este tema, pero la modificación de la ley no es suficiente. Se hace necesaria la voluntad y el compromiso de todas y todos para que, desterrando estereotipos sexistas que ocasionan ciertas interpretaciones de la norma, sigamos avanzando en la erradicación de la violencia contra las mujeres.

DOCTRINA

“EL ABORTO EN LA JURISPRUDENCIA: CRÍTICA Y ALTERNATIVAS”

PATRICIA LAURENZO COPELLO

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de La Laguna.

I. La supervivencia, casi en solitario, del art. 417 bis del Código penal de 1973, en el contexto de una legislación punitiva profundamente renovada con motivo de la entrada en vigor del Código de 1995¹ es una buena muestra de la fuerte resistencia del legislador a acometer cualquier clase de cambios en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

Las causas de este inmovilismo mal pueden atribuirse al desconocimiento de las dificultades que en la práctica ocasiona la aplicación del actual sistema despenalizador, pues hace ya casi una década se presentó en el Congreso de los Diputados un informe oficial² donde se exponían con claridad las claves de aquellos inconvenientes, en particular, la falta de seguridad jurídica derivada de los problemas de interpretación y prueba de las situaciones descritas en la ley como base de una indicación³. Los no escasos procesos judiciales por aparente aplicación indebida del art. 417bis han contribuido, por lo demás, a poner de manifiesto esa situación poco satisfactoria.

De otro lado y seguramente por la necesidad de buscar acuerdos parlamentarios rápidos y, en general, tardíos, los escasos proyectos de reforma conocidos en estos últimos años, aun sin restarles mérito, tampoco se presentan como los más adecuados para conciliar las mejores soluciones al problema del aborto con el marco jurídico-valorativo dentro del cual ha de funcionar el sistema despenalizador. Así, resulta discutible, en particular, el intento de alguno de los aludidos proyectos de compaginar el modelo de indicaciones con la decisión última de la embarazada. En esencia, se trata de mantener formalmente la descripción de una serie limitada de situaciones fundadoras de la impunidad del aborto, pero con la novedad de poner en manos exclusivas de la mujer la decisión sobre si tales circunstancias efectivamente concurren o no. A pesar del ingenuo intento de filtrar por esta vía la idea más genuina del sistema de plazos, todo parece augurar que, salvo modificación sustancial de las bases valorativas establecidas por el Tribunal Constitucional con motivo de la evaluación del art. 417bis en el año 1985, aquella com-

binación difícilmente podría superar un nuevo control de constitucionalidad. Y no porque la decisión última de la mujer sea incompatible con nuestra Carta Magna, sino porque aquel proyecto de reforma en lugar de definir un sistema donde la decisión de la embarazada no apareciera reñida con la tutela de la vida en gestación, equivocadamente intentó enmascarar la opción a favor de la libertad de la mujer presentándola dentro de un sistema de indicaciones totalmente vaciado de los lineamientos que lo definen.

Todo ello pone de manifiesto que cualquier intento serio de reforma, hoy ciertamente con escasas posibilidades políticas de éxito, así como la apertura de nuevas líneas interpretativas de la actual regulación, obligan a mantener la vista siempre atenta al contexto valorativo dentro del cual se han de encuadrar los límites de la punibilidad del aborto.

II. Como es sabido, el art. 417bis acoge el más estricto modelo de indicaciones, restringiéndolo a los clásicos supuestos terapéutico, ético y eugenésico. Queda fuera la indicación económico-social, sin duda el supuesto que en mayor medida capta las circunstancias normalmente asociadas a la voluntad de interrumpir un embarazo. En la práctica, sin embargo, esta carencia ha podido suplirse mediante el legítimo recurso al peligro para la salud psíquica de la mujer que en múltiples ocasiones aparece asociado a la continuación del embarazo en un entorno socioeconómico adverso.

El art. 417bis recoge el modelo despenalizador mediante el juego conjunto de tres clases de requisitos:

- Ante todo y junto al imprescindible consentimiento de la mujer, ha de concurrir alguno de los supuestos específicamente descritos en la ley como base de cada indicación, esto es: un grave peligro para su vida o salud física o psíquica (indicación terapéutica); el origen del embarazo en una violación (indicación ética) o la presunción fundada de graves taras físicas o psíquicas en el feto (indicación eugenésica).

1. La disposición derogatoria 1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el nuevo Código penal, expresamente mantiene la vigencia del art. 417 bis del cuerpo legal anterior. Según consta en su Exposición de Motivos, se trata de una situación provisional orientada por la intención del legislador de reconducir toda la normativa referente a la interrupción voluntaria del embarazo a una ley especial. Sin embargo, a cinco años de la aprobación de aquel novedoso cuerpo legal, no se detecta movimiento legislativo alguno en esa línea ni es previsible que suceda a corto plazo.

2. El informe fue presentado por el Gobierno en julio de 1991 a instancias del Congreso de los Diputados. Se respondía así a una Proposición no de Ley "instando al Gobierno a que realice y remita a la Cámara un estudio sobre las circunstancias concurrentes en la aplicación de la legislación vigente en materia de interrupción voluntaria del embarazo y su incidencia en la realidad social...".

3. El mencionado estudio llama la atención sobre la frecuente contradicción entre los dictámenes emitidos por los centros acreditados antes de la práctica del aborto y los informes forenses presentados en juicio y elaborados con posterioridad a la intervención.

DOCTRINA

- Para garantizar la efectiva presencia de tales circunstancias, la regulación se completa con una serie de exigencias formales, en particular, los dictámenes previos de especialistas distintos del que practica el aborto y la denuncia de la agresión sexual en el caso de la indicación ética.

- Tampoco está ausente el interés en asegurar a la mujer condiciones adecuadas en la práctica de la intervención. A tal fin, se requiere la ejecución del aborto por un médico o bajo su dirección en un establecimiento público o privado acreditado al efecto⁴.

Este modo de plasmar el modelo del aborto no punible en nuestro país, en especial en lo atinente a las formalidades destinadas a asegurar la presencia de algún supuesto indicado, es consecuencia en buena medida de las líneas trazadas por el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 53/1985, de 11 de abril. En este pronunciamiento el alto Tribunal dibujó con toda precisión el contexto normativo dentro del cual consideraba legítima la renuncia a la punición del aborto. Sus líneas básicas pueden sintetizarse en las siguientes ideas:

- Reconocimiento de la protección constitucional de la vida en gestación a través del art. 15 de nuestra Ley Fundamental, con la consiguiente obligación del Estado de prestarle la tutela adecuada.

- Limitación de tal obligación tuitiva a los casos donde la protección de aquel bien constitucional no entre en colisión con intereses igualmente legítimos y esenciales de la mujer embarazada, en particular, su vida, su salud y su dignidad.

Aceptación, por tanto, de un sistema despenalizador fundado en la idea de conflicto de intereses e incompatible, por ello, con la posible concesión de preferencias absolutas en favor de alguna de las partes en conflicto. Se descarta así el reconocimiento a la mujer de un "derecho subjetivo" al aborto susceptible de ser esgrimido de modo genérico frente a cualquier limitación proveniente del aparato estatal.

Necesidad de revestir la regulación despenalizadora de una serie de garantías tendentes a evitar abusos en la alegación de los supuestos de conflicto, asegurando así que la desprotección del nasciturus no desbordará los casos permitidos por la ley.

Este conjunto de ideas permite distinguir con nitidez el sentido y alcance de los diversos requisitos contenidos en el art. 417bis. Así, queda claro que el fundamento de la impunidad del aborto descansa de modo exclusivo en la presencia de alguna de las situaciones de conflicto entre la vida en gestación y los intereses de la mujer descritas en la ley. Los restantes requisitos, por el contrario, dan forma

a un conjunto de garantías formales destinadas a constatar la concurrencia de aquellas situaciones, sin que en nada influyan sobre los cimientos materiales que fundamentan la impunidad.

Llevadas estas ideas hasta sus últimas consecuencias, habrá de admitirse, pues, que la falta de cumplimiento de alguna de tales garantías –la ausencia de los dictámenes preceptivos, por ejemplo– no puede resultar suficiente por sí sola para convertir en punible una interrupción del embarazo. Si a pesar de tales defectos de forma es posible probar por otros medios la presencia real de alguno de los supuestos de conflicto previstos en la ley, nada debería impedir la absolución de quien los alegue. Cualquier otra solución, incluida la tendencia jurisprudencial mayoritaria a castigar el aborto en tales casos, implica el desconocimiento de los presupuestos materiales sobre los que nuestra legislación construye y fundamenta el sistema despenalizador.

Bien es verdad que el silencio de la ley poco ayuda en este sentido, pues a primera vista da la impresión de equiparar en importancia todos los requisitos contenidos en el art. 417bis. Sin embargo, basta con remontarse a los precedentes de este precepto para descubrir dónde reside su defecto. En realidad, nuestro legislador tomó como modelo la entonces vigente legislación alemana, cuyo articulado contenía una batería similar de garantías formales. Pero olvidó incluir una sanción especial para el médico que, a pesar de concurrir los presupuestos materiales previstos en la ley, practica la intervención sin atender a dichas formalidades. En Alemania se distinguen claramente las penas y su gravedad en función del motivo de las mismas: sólo la ausencia de las circunstancias configuradoras del conflicto conduce a la punición por aborto ilegal; la falta de requisitos formales, por el contrario, se traduce en una sanción específica –y mucho más leve– para el médico ejecutor, entendida como un reproche a su falta de colaboración con el aparato estatal de cara a evitar abusos en el sistema de indicaciones.

A la vista de tales precedentes y de los criterios interpretativos antes expuestos, la conclusión parece obvia: el olvido del legislador –provocador de una laguna de punibilidad– no puede repercutir negativamente en quien ejecuta una interrupción del embarazo dentro de los supuestos permitidos por la ley. Mientras tal laguna no sea solucionada legislativamente, la única salida legítima consiste en mantener la impunidad de todos los intervinientes siempre que la presencia del conflicto resulte convenientemente acreditada por cualquier medio de prueba⁵. La falta de los dictámenes –o, en su caso, de la denuncia–

4. La finalidad protectora de la integridad de la mujer a través del requisito del establecimiento acreditado queda fuera de duda si se tienen en cuenta las exigencias establecidas en el RD 2.409/1986 para obtener la preceptiva autorización (véase en esta línea, STS 31/5/1994 (RJ1994/4408)). Sin embargo, tampoco parece estar ausente aquí el objetivo del Estado de mantener un estricto control sobre la práctica de abortos en los supuestos permitidos por la ley.

5. A pesar de la escasa claridad que se detecta en la jurisprudencia a la hora de tratar la cuestión de la naturaleza y efectos de los diversos requisitos del art. 417 bis, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional parecen dejar abierta la posibilidad de acudir a cuantos medios de prueba se dispongan para constatar la existencia del conflicto. Así se infiere de su insistente afirmación de que la carga de la prueba de una indicación corresponde a quien la alega, sin reducir los medios probatorios a los dictámenes preceptivos. Véanse en este sentido STS 1/4/98 (RJ 1998/2964) y STC 36/1996 de 11 de marzo.

DOCTRINA

podrá dificultar esta prueba, pero en ningún caso debería fundamentar sin más una sanción por aborto ilegal.

Por eso, cuando en la práctica se acude a un psicólogo para dictaminar la presencia del peligro para la salud psíquica de la embarazada, resulta criticable que en sede judicial se rechace la posible justificación de la interrupción del embarazo con frases lapidarias del tenor de la siguiente: "es claro que no habiéndose consultado y obtenido el correspondiente diagnóstico por un médico, el aborto practicado fue de todo punto ilegal" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 24/5/1999)⁶. Desde luego, nadie puede discutir en este caso la ausencia de uno de los requisitos previstos en el art. 417bis.1º, pues la letra de la ley no deja lugar a dudas al exigir que el dictamen lo emita un médico de la especialidad correspondiente. Pero de ahí no se sigue que el aborto sea necesariamente ilícito. Ello dependerá de si el riesgo grave para la salud psíquica de la mujer concurrió o no en los hechos. Como reconoce el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de diciembre de 1992, el requisito del dictamen (y obviamente todas sus condiciones, incluida su emisión por un médico especialista) posee un fin garantístico, destinado a minimizar al máximo la práctica de abortos al margen de los supuestos legalmente previstos. Su función no se vincula pues con las circunstancias fundamentadoras de la impunidad, sino sólo con la prueba de éstas. Por eso, el incumplimiento de tal exigencia, por su propia naturaleza, no puede convertir sin más el aborto en ilícito. En todo caso, su efecto será un mayor peso en la carga de la prueba para quien alegue la conformidad a derecho de la intervención.

Pero incluso en este contexto resultaría apresurado comparar una situación donde no exista dictamen alguno con aquellas en las que informa un psicólogo. Porque nadie puede negarle su capacidad profesional para emitir un juicio técnicamente fundado sobre la salud psíquica de una persona, de donde se sigue que su dictamen, aun no subsumiéndose en el tenor literal del art. 417bis, merece atención como medio de prueba. Todo ello sin perjuicio de que el Tribunal exija otro tipo de acreditaciones tendientes a confirmar esa opinión profesional.

Las repercusiones del pronunciamiento constitucional para la definición del sentido y alcance del requisito de los dictámenes no acaban aquí. Las pautas trazadas por el T.C. también permiten extraer conclusiones respecto al

contenido de estos informes, en particular, en lo relativo a la indicación terapéutica. Ha de tenerse en cuenta, en efecto, que el alto Tribunal no supedita la legitimidad de la interrupción del embarazo a la existencia de un daño grave en la salud de la mujer en el momento de practicarse el aborto. Al contrario, si la intervención se autoriza es precisamente para evitar que ese perjuicio llegue a producirse. Por eso, la idea clave prevista en la ley y aceptada por el tribunal de garantías es la de peligro. Lo trascendente es que en el momento del aborto concurren datos suficientes para prever una "disminución importante de la salud"⁷ -física o psíquica- como consecuencia de la continuación del embarazo, sea que el daño pueda manifestarse durante la gestación o el parto o, incluso, en un momento posterior.

Así las cosas, resulta sumamente criticable la tendencia de los tribunales ordinarios a rechazar todo dictamen relativo al peligro para la salud psíquica donde no conste una patología presente ya en el momento de su emisión. Si el padecimiento de una alteración psíquica actual no es imprescindible para justificar el aborto, ¿por qué ha de referirse a ello un informe destinado únicamente a corroborar la presencia de los requisitos necesarios para aquella justificación? Dado que la base de la indicación terapéutica es el peligro para la salud psíquica y no su deterioro presente, lo esencial será el pronóstico serio y técnicamente fundado de futuros desequilibrios psíquicos derivados de la continuación del embarazo o del nacimiento del hijo. Y el pronóstico de peligro no consiste en la constatación de un mal, sino en un juicio de previsibilidad basado en las circunstancias concurrentes en el momento del diagnóstico⁸. Desde este punto de vista, datos tales como la corta edad de la mujer (o, por el contrario, su excesiva madurez), la falta de pareja, situaciones económicas especialmente adversas y, en general, un cuadro de angustia originado en cualquiera de estos hechos u otros semejantes, pueden resultar suficientes para justificar un dictamen favorable. Naturalmente, todo dependerá de las conclusiones que el especialista extraiga de esas circunstancias en atención a las características concretas de la mujer afectada⁹. Pero negar de antemano toda trascendencia a los informes psiquiátricos o psicológicos fundados en tales elementos, alegando que en general se trata de "las afecciones nerviosas" o malestares propios de la preñez -como han expresado algunas sentencias¹⁰- consti-

6. También siguió esta línea la Audiencia de Málaga en su Sentencia de 3 de octubre de 1990, confirmada por STS de 14/12/92 (RJ 1992/10200).

7. Así concreta el Tribunal Constitucional la exigencia de "gravedad" del peligro. Véase STC 53/1985, F.J. 10.

8. Así lo corrobora el RD 2.409/1986, cuyo art. 6º.3 expresamente dispone que en los dictámenes previstos por art. 417 bis, "el diagnóstico será de presunción de riesgo y estimado en criterios de probabilidad".

9. El hecho de que nuestra legislación no contemple el llamado "cuarto supuesto" -indicación fundada de modo directo en las circunstancias socioeconómicas de la embarazada- no impide que datos tales como la excesiva juventud de la mujer o sus circunstancias económicas sean tenidos en cuenta como base de un pronóstico de riesgo grave para la salud psíquica, como, sin embargo, pretende la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de febrero de 1997. Ciertamente esos hechos pueden no ser suficientes por sí mismos para fundamentar una indicación. Pero nada obsta a que se tengan en cuenta en la valoración global de los posibles riesgos psíquicos derivados del nacimiento de un hijo en tales circunstancias. De hecho, el propio Tribunal Supremo dejó abierta esa posibilidad en un interesante pronunciamiento donde admitió la impunidad de un aborto realizado al margen de los requisitos legales del art. 417bis, fundándose en la situación de necesidad y angustia de la embarazada. Véase STS 11/12/90 (RJ 1990/9461).

10. Véanse, entre otras, SSTS 1/4/98 (RJ 1998/2964); 14/12/92 (RJ 1992/10200).

DOCTRINA

tuye una ligereza inaceptable a la vista del contenido material de la indicación terapéutica.

III. Como se ve, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el valor de los diversos intereses implicados en un aborto consentido resulta esencial para dotar a los requisitos del art. 417bis del contenido y sentido adecuados. Pero el contexto valorativo dentro del cual ha de interpretarse este precepto no acaba aquí. Más allá de la Constitución, también la nueva legislación penal inaugurada en 1995 ofrece pautas de no escasa importancia para perfilar el alcance preciso de nuestro sistema despenalizador. En esta línea cabe destacar los siguientes puntos de interés:

1. La primera y sustancial novedad se encuentra en la atención especial que el legislador de 1995 presta a los intereses de la mujer, incluida su sola voluntad de no proseguir con la gestación. Ciertamente esta última circunstancia no basta por sí misma para excluir la punición del aborto. Pero, a diferencia de lo que era tradicional en nuestra legislación histórica, el nuevo Código penal concede un papel relevante al consentimiento de la embarazada de cara a graduar la gravedad de la conducta. Ello no sólo se manifiesta en la notable diferencia de penas entre el aborto no consentido y el consentido (en el primero la pena de prisión puede llegar a ocho años mientras que el aborto consentido tiene su límite máximo en tres), sino, sobre todo, en la previsión de una pena sumamente atenuada para la mujer que causa su propio aborto o consiente su ejecución por tercero, sanción que puede quedar restringida a una simple multa (art. 145.2 C.P.). Esa misma línea, atenta a los intereses de la mujer, explica también la desaparición del delito agravado de aborto causado por "facultativo", una figura que en el anterior Código penal conducía a un incremento de la pena privativa de libertad cuando el autor de la intervención era un médico. Se pretende así evitar la contradicción de sancionar más severamente a quienes mejores condiciones técnicas pueden ofrecer de cara a eludir riesgos innecesarios para la vida o salud de la mujer¹¹.

Estos cambios normativos difícilmente pueden obviarse a la hora de aplicar el art. 417bis, pues es evidente que han cambiado las valoraciones de la ley: frente a la antigua regulación, inclinada a dar amplia preferencia a la vida del feto, hoy nos encontramos con un marco valorativo mucho más compensado, donde la voluntad de la mujer

deja de estar relegada para adquirir un notable protagonismo en la determinación de la pena. Se abre así una vía clara para favorecer una interpretación generosa de las causas de impunidad contenidas en el sistema de indicaciones.

De hecho, ese giro en las valoraciones legales parece estar presente en la moderna tendencia de los tribunales a acudir a la figura del error de prohibición invencible con el fin de dejar impune a la embarazada en los casos de incorrecta aplicación del art. 417bis. Se sostiene, en efecto, que si una mujer acude a un centro acreditado y éste emite un dictamen favorable a la práctica de la intervención, ya no cabe exigirle otro tipo de medidas adicionales en orden a corroborar la presencia de un supuesto legal. En opinión del Tribunal Supremo, la falta de conocimientos médicos y jurídicos de la mayoría de estas pacientes les exime de ese deber adicional y justifica su creencia fundada de no estar actuando al margen de la legalidad¹².

2. En otro orden de cosas, también resultan de interés, en particular para definir el alcance de la segunda indicación, las profundas modificaciones de los delitos sexuales ocurridas con motivo de la entrada en vigor del Código penal de 1995. Y ello porque las nuevas valoraciones en él contenidas abren el camino a una posible ampliación de la llamada indicación "ética", siquiera sea por vía analógica, a otros atentados a la libertad sexual distintos de la "violación"¹³.

Bien es verdad que en el año 1991 el Tribunal Supremo se pronunció en contra de extender la mencionada eximente a un supuesto de estupro incestuoso¹⁴. Pero los argumentos de aquella decisión, sin duda defendibles con la ley anterior, han perdido vigencia con las nuevas tendencias valorativas contenidas en los delitos sexuales. Veamos por qué.

Hasta 1995, el delito de violación equiparaba en gravedad tres atentados bien distintos a la libertad sexual, en concreto, el acceso carnal con violencia o intimidación, el yacimiento con menor de 12 años o incapaz aún mediando su consentimiento¹⁵ y el acceso carnal con persona privada de sentido. Estas tres figuras se hallaban en la cúspide de la gravedad de los delitos sexuales, quedando por debajo de ellas los supuestos de abusos sexuales basados en algún tipo de vicio del consentimiento (por ejemplo, el aprovechamiento de una situación de superioridad entre autor y víctima o el uso de engaño para obtener su consentimiento -antiguos delitos de "estupro"-).

11. Con todo, en el nuevo Código los facultativos no resultan favorecidos respecto de otros posibles ejecutores de un aborto, pues para ellos subsiste la temida pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión sanitaria. Sin embargo, la situación de este colectivo era peor con la legislación anterior porque, además de la inhabilitación, se contemplaba una pena de privación de libertad agravada.

12. Así, STS 7/2/96 (RJ 1996/804). Se corrige de este modo la desafortunada postura anterior del T.S., tendente a aceptar sólo el error "vencible" de prohibición (que únicamente permite a una atenuación de la pena) con el argumento de la gran trascendencia de un acto como el aborto. Conforme a tales principios, entendía el Tribunal Supremo que la mujer estaba obligada a agotar todas las vías posibles para salir de un posible error, no bastando con ponerse en manos de los médicos -así STS 14/12/92 (RJ 1992/9894).

13. El art. 417bis 1.2° contempla el supuesto de un embarazo proveniente de un delito de violación.

14. Véase STS 30/01/91 (R.J. 1991/464).

15. En el caso de la incapaz, sólo si se actuaba "abusando" de esa condición de la víctima.

DOCTRINA

Tales diferencias sirvieron al Tribunal Supremo para rechazar la extensión de la indicación ética a otros casos distintos de la violación, porque, a su entender, quedaba claro que la ley sólo había querido conceder relevancia, como base de una eximente del aborto, a los delitos sexuales más graves y éstos encontraban su punto de unión en la ausencia plena de consentimiento de la víctima, ya fuera por su oposición expresa o por la total irrelevancia jurídica de su voluntad. De ahí que no pudiera equipararse a efectos de justificación del aborto ningún caso de relación sexual consentida aun cuando la voluntad estuviera viciada.

El Código de 1995, sin embargo, ha venido a modificar sustancialmente aquellos criterios de gravedad, restando argumentos básicos al razonamiento del Tribunal Supremo. En efecto, conforme a la regulación actual, la violación en sentido estricto queda reducida al acceso carnal con violencia o intimidación (art. 179 C.P.), trasladándose los supuestos de consentimiento inválido –sea por minoría de edad, por incapacidad o por privación de sentido– al ámbito menos grave de los “abusos sexuales” (art. 181 C.P.). Así, estos últimos supuestos –sin duda fundamentadores de la indicación ética por razones de coherencia legislativa¹⁶– resultan equiparados en gravedad a los casos de voluntad viciada, es decir, a aquellos supuestos en los que el acceso carnal se obtiene por abuso de superioridad o engaño (antiguo estupro).

Así las cosas, hoy nada justificaría la autorización de un aborto cuando el embarazo proviene, por ejemplo, de un contacto sexual consentido con una menor de 12 años o con una enajenada mental y su punición, en cambio, si se trata de una menor de 14 años que ha sido objeto de abusos por parte de su padre o de otro familiar. Ciertamente, el tenor literal del art. 417bis no permite la aplicación directa de la segunda indicación a este último supuesto, pero nada impide su extensión analógica en virtud de la idéntica gravedad del atentado a la libertad sexual originador del estado de preñez¹⁷.

3. Este mismo razonamiento, tendente a ampliar por analogía el ámbito de la indicación ética en atención de los cambios valorativos operados en la legislación penal de 1995, debería llevar, además, a extender la impunidad del aborto a los embarazos impuestos por una práctica de reproducción asistida no consentida. Esta situación, inimaginable hace pocos años, resulta hasta tal punto posible con el desarrollo de las nuevas tecnologías que el Código penal la ha incluido expresamente como delito en el art. 162.

Este reconocimiento explícito del derecho de toda mujer a

decidir sobre su maternidad, reflejado en el castigo de quien le impone un embarazo mediante aquellas prácticas, quedaría sin embargo a medio camino si al mismo tiempo no se permitiera el aborto en tales circunstancias. Por eso, a pesar del silencio legal, todo apunta una vez más a la ineludible aplicación analógica del art. 417bis 1.2º.

IV. Las reflexiones anteriores permiten vislumbrar nuevos y más adecuados cauces interpretativos para el art. 417bis, capaces de mitigar hasta cierto punto los riesgos de sanción penal a los que hoy se ven sometidos los profesionales de la sanidad. Sin embargo, ni siquiera la asunción plena por nuestros tribunales de estas vías más flexibles de interpretación del actual modelo despenalizador podría garantizar una aplicación normalizada y segura del aborto en los supuestos permitidos por la ley. Y ello simplemente porque las auténticas claves de la falta de seguridad jurídica se encuentran en las propias características intrínsecas del sistema de indicaciones. Veamos por qué.

La característica básica de este modelo consiste en la descripción de ciertas situaciones específicas y excepcionales de conflicto de la mujer embarazada a cuya efectiva concurrencia se supedita la exclusión de la pena. En otras palabras: el legislador decide de antemano y de forma expresa qué características ha de revestir el conflicto para adquirir la entidad necesaria para renunciar a la protección penal de la vida en gestación. El sistema de indicaciones aparece así como un clásico modelo de regla-excepción, en el que la regla es la ilicitud del aborto, sólo excepcionalmente truncada por la presencia de ciertos supuestos de colisión de intereses predeterminados en la ley.

Esa condición de excepcionalidad, consustancial a las indicaciones, posee una consecuencia que no podría evitarse siquiera con la incorporación del cuarto supuesto. Me refiera a la posibilidad siempre abierta de un control judicial posterior. En efecto, en tanto los límites de la despenalización dependan de un conjunto de circunstancias legalmente tasadas –sea cual fuere su amplitud–, los tribunales conservarán en todo caso su legítima facultad para constatar si los intervinientes en una interrupción del embarazo han permanecido dentro de las fronteras de alguno de los supuestos descritos en la ley. Negar esta posibilidad significaría tanto como desconocer la propia naturaleza del sistema de indicaciones.

Eso no significa, con todo, que aquella tarea de comprobación judicial –plenamente legítima conforme a nuestro actual modelo– carezca de límites. Un buen ejemplo del posible traspaso de tales fronteras lo encontramos en la

¹⁶. El art. 417bis remite de forma expresa al art. 429 del Código penal hoy derogado, precepto en el que se contemplaban los tres supuestos de violación referidos en el texto. De ahí se infiere la obvia permanencia de todos esos supuestos en el contexto del aborto no punible, con independencia de los cambios de denominación –e, incluso, de gravedad– que hayan experimentado en la nueva ley.

¹⁷. Esta ampliación de la impunidad es técnicamente posible porque en Derecho penal no se prohíbe la aplicación analógica de una disposición penal cuando se realiza *in bonam partem*, esto es, en beneficio del reo.

DOCTRINA

relevancia excesiva que con frecuencia conceden los tribunales a los informes periciales negativos presentados en juicio tras una intervención abortiva. Esta cuestión se ha planteado en la práctica con particular virulencia, porque, en no pocos casos, los pronunciamientos judiciales contrarios al reconocimiento de la indicación más habitualmente alegada -la terapéutica por riesgo para la salud psíquica- fundan su decisión negativa en la opinión forense contraria al dictamen emitido por un médico especialista antes de la intervención.

Ciertamente, los informes periciales constituyen medios de prueba legítimos y muy arraigados en nuestro sistema judicial. Pero como bien expuso la Audiencia Provincial de Oviedo en su Sentencia de 14 de mayo de 1996, si las diferencias entre el dictamen y el informe forense provienen únicamente de una diversidad de opiniones en relación a las consecuencias de determinada sintomatología sobre el equilibrio psíquico de la mujer, necesariamente debería darse preferencia al psiquiatra que exploró a la paciente -esto es, al autor del dictamen-, pues la Psiquiatría no es una ciencia exacta fundada en criterios de verdad o falsedad. En otras palabras: si bien es legítimo que un tribunal acuda a informes periciales, parece que el límite de trascendencia de los mismos, de cara a quitar credibilidad al dictamen, debería situarse en la posible constatación de defectos técnicos en el modo de realizar el diagnóstico. Más allá de este aspecto, ante una simple diversidad de opiniones y en tanto ambas sean técnicamente sostenibles, exigencias mínimas de seguridad jurídica imponen la aceptación de las conclusiones contenidas en el dictamen previo a la intervención abortiva.

V. En caso de plantearse una futura reforma del actual sistema despenalizador y atendiendo a cuanto se ha dicho en líneas anteriores, parece claro que la vía más adecuada consiste en abandonar el modelo de indicaciones para acercarse a la solución de plazos.

Con todo, en materia de política legislativa es aconsejable evitar meros voluntarismos llamados desde el inicio al fracaso, motivo por el cual, en mi opinión, debería descartarse un posible sistema puro de plazos. Y ello porque este modelo se funda en la preferencia absoluta de la voluntad de la mujer durante el período inicial de la gestación, circunstancia que el Tribunal Constitucional claramente ha descartado en atención a la tutela que recibe la vida en gestación a través del art. 15 de nuestra Carta Magna.

Una vía intermedia, a mi modo de ver compatible con las pautas establecidas por el T.C.¹⁸, la ofrece el llamado "sistema del asesoramiento". Este modelo, vigente hoy en la República Federal de Alemania, consiste, en esencia, en declarar no punible el aborto practicado durante la fase inicial del embarazo -generalmente las 12 primeras semanas- sin necesidad de alegar indicación alguna, pero con la exigencia de que la mujer se someta previamente a un proceso de asesoramiento en cuyo transcurso discute con su asesor los motivos de su decisión de interrumpir el embarazo, recibiendo, al mismo tiempo, completa información sobre las ayudas y beneficios estatales para las madres y sus hijos.

El Tribunal Constitucional alemán, cuya primera sentencia inspiró en buena medida el pronunciamiento de nuestro Tribunal de Garantías, ha declarado conforme a derecho este modelo por entender que la amplia renuncia a la protección del nasciturus por vía penal durante la fase inicial del embarazo representa, en su conjunto, una vía adecuada para tutelar mejor al ser en gestación. En concreto, los jueces alemanes aceptaron la idea según la cual la protección del embrión o feto tiene mayores posibilidades de éxito cuando se realiza con la mujer y no contra ella, de donde se sigue la conveniencia de comprometer a la embarazada en ese proceso de tutela, invitándola a ponderar las consecuencias de una posible decisión final favorable al aborto, compromiso que se le impone a cambio de respetar la alternativa última por la que opte.

Desde luego, se trata de un modelo que requiere importantes sacrificios de la mujer, pues su simple decisión de abortar no es suficiente para alcanzar la impunidad. Al contrario, el efecto despenalizador se hace depender del previo paso por un asesoramiento en cuyo contexto no podrá evitar la exposición y discusión con terceros de aspectos relativos a su vida personal. Pero aun así, a la vista de los límites y exigencias trazadas por nuestro más alto Tribunal como presupuestos ineludibles de cualquier sistema despenalizador, parece claro que esta vía se presenta de todos modos como la menos costosa para la mujer, al tiempo que resuelve de forma definitiva las situaciones de inseguridad para los médicos implicados. La impunidad de estos últimos sólo se supeditaría a la previa constatación del efectivo paso de la embarazada por el asesoramiento, formalidad que, por regla general, se concreta en la simple recepción de un certificado expedido por un centro acreditado al efecto¹⁹.

¹⁸. Más detalles sobre mi opinión al respecto, en LAURENZO COPELLO, *Reflexiones sobre la reforma del aborto*, en *Actualidad Penal*, n° 7, 1994.

¹⁹. Sobre los detalles del proceso alemán que desembocó en la actual regulación del asesoramiento, véanse BACIGALUPO/GROPENGISSER, *La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española*, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 59, 1996.

“LOS MÁS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN MATERIA DE ACCIONES POSITIVAS: LOS CASOS BADECK Y ANDERSON”

MARÍA ÁNGELES MARTÍN VIDA*

En menos de cuatro meses el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJUE) ha emitido en este año 2000 dos pronunciamientos en materia de acciones positivas a favor de las mujeres, como colectivo que ha sido tradicionalmente objeto de discriminación. La sentencia del caso «Georg Badeck y otros²⁰» (en adelante, Badeck), de 28 de marzo, ha sido la tercera dictada por el Tribunal de Luxemburgo en esta materia, y ha venido a abundar en la línea iniciada con paso titubeante en la famosa sentencia Kalanke²¹ y continuada con firmeza por la sentencia Marschall²². En los tres casos el Tribunal había abordado la compatibilidad con el Derecho comunitario de modelos concretos de promoción preferente de mujeres hacia niveles en los que estaban notablemente infrarrepresentadas en el ámbito de la Administración pública de tres Länder alemanes. En la sentencia emitida el pasado 6 de julio, la del caso «Katarina Abrahamsson y Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist²³» (en adelante, Anderson), la última por ahora en esta materia, el Tribunal ha rechazado un modelo de acción positiva diseñado en Suecia para incrementar la presencia de mujeres²⁴ como docentes en las instituciones de enseñanza superior del país escandinavo.

En el caso Anderson se cuestionaba un modelo de promoción preferente, similar en principio a los ya analizados por el Tribunal en las sentencias Kalanke y Marschall, pero con una característica que lo diferenciaba notablemente de ellos: una mujer con una cualificación inferior a la del candidato varón había llegado a ser preferida, en aplicación de la normativa cuestionada, como profesora de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Gotemburgo (Suecia), en el marco de la política de la Universidad que aspiraba a

incrementar el escaso número de mujeres docentes. El sistema sueco orientado a favorecer la contratación de mujeres en los Institutos de Enseñanza Superior y en las Universidades autorizaba a la Administración a contratar o promover al candidato del sexo infrarrepresentado, incluso si no aparecía en principio como el candidato más idóneo a la vista de sus méritos y su cualificación, si bien siempre se le exigía la posesión de una cualificación mínima para desempeñar el puesto de que se tratase, a la vez que se exigía que la diferencia entre los méritos de ambos no fuese tan grande como para que la aplicación de esta regla de contratación preferente vulnerase las exigencias de objetividad que han de seguirse en todo proceso de contratación.

Los hechos que están en el origen del caso Anderson fueron concretamente los siguientes. Optaban al puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera tres mujeres (Abrahamsson, Destouni y Fogelqvist) y un varón (Anderson). La primera selección del jurado, tomando en consideración exclusivamente la competencia científica de los candidatos, dio cinco votos al señor Anderson y tres a la señora Destouni, quedando las otras dos candidatas por detrás de ellos. En la segunda selección del jurado ya se tomaron en consideración los criterios de promoción de acciones orientadas a asegurar la paridad entre los sexos, de acuerdo con una norma de 1995 (reglamento 936/1995) aplicable en la Universidad de Gotemburgo, relativa a determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación con vistas a favorecer la igualdad, norma elaborada en desarrollo del Reglamento sueco sobre la Enseñanza Superior, de 1993²⁵. El jurado propuso entonces el nombramiento de la señora

* María Ángeles Martín Vida es Becaria de Investigación de la Junta de Andalucía en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

20. Asunto C-158/97. El texto completo de la sentencia *Badeck* puede verse en el número anterior de esta revista, que incluye un comentario a la misma del Prof. Trujillo Pérez.

21. STJUE de 17 de octubre de 1995, caso «Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen» (asunto C-450/93).

22. STJUE de 11 de noviembre de 1997, caso «Helmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen» (asunto C-409/95). Un comentario a ambas sentencias puede verse en mi artículo «Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia *Marschall*». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, mayo-agosto 1998, págs. 313 y ss.

23. Asunto C-407/98 (su texto completo puede verse en este mismo número).

24. En este segundo caso las normas cuestionadas no se refieren específicamente a las mujeres, sino que hablan del «sexo infrarrepresentado», aunque es evidente que este tipo de medidas se diseñan para favorecer a los miembros del colectivo que ha padecido tradicionalmente una experiencia de discriminación.

25. Dice el art. 15 del Reglamento sueco 100/1993 sobre la Enseñanza Superior (según la versión anterior al 1 de enero de 1999): «Para proveer un puesto docente deberán motivarse los méritos de orden científico, artístico, pedagógico, administrativo o cualquier otro mérito que tenga relación con el contenido de la asignatura a que se refiera el puesto y con su naturaleza en general. Deberá tenerse igualmente en cuenta la aptitud del candidato para informar de su investigación y de su trabajo de desarrollo. Además, en el momento del nombramiento, habrán de tenerse en cuenta criterios objetivos que concuerden con las finalidades generales de la política del mercado de trabajo, de la igualdad, de la política social y de la política de empleo». Y añade el art. 15 bis: «Las disposiciones siguientes se aplicarán cuando un establecimiento de enseñanza superior decida aplicar la discriminación positiva en la contratación para un empleo determinado, en el marco del programa de acciones dirigidas a favorecer la igualdad de los sexos en la vida profesional. Al llevar a cabo la contratación, una persona perteneciente al sexo infrarrepresentado que posea en medida suficiente la cualificación exigida en el art. 15.1 puede ser designada con preferencia al candidato del otro sexo que en otro caso habría sido elegido. No hay, sin embargo, lugar a aplicar la medida de discriminación positiva cuando la diferencia entre la cualificación de los candidatos sea tan importante que la aplicación de la regla sería contraria a la exigencia de objetividad en la contratación».

DOCTRINA

Destouni. La señora Destouni renunció, y el rector solicitó al jurado que reexaminase a los restantes candidatos. La diferencia de cualificación entre el señor Anderson y la siguiente clasificada, la señora Fogelqvist era, en opinión del jurado, considerable, y por ello se dudaba sobre la conveniencia de dar preferencia, en aras del objetivo paritario previsto por la norma, a la contratación de la señora Fogelqvist. El 18 de noviembre de 1997, el rector designó para el puesto a la señora Fogelqvist, al considerar, pese a las dudas del jurado, que la diferencia entre la cualificación de esta candidata y la del señor Anderson no convertiría a esta medida de acción positiva en contraria a la exigencia de objetividad en la selección de los candidatos y en el posterior desempeño de sus funciones por parte de la elegida. El señor Anderson y la señora Abrahamsson recurrieron la decisión ante la Comisión de Recursos para las Instituciones de Enseñanza Superior (un órgano administrativo, pero investido de funciones jurisdiccionales a los efectos del art. 177 del Tratado CE, según confirma el propio Tribunal de Luxemburgo en la sentencia), y ésta planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE, que la ha resuelto ahora, después de que el Abogado General Saggio presentase sus conclusiones en noviembre de 1999.

Por su parte, en la sentencia Badeck el Tribunal se pronunció de forma favorable a la compatibilidad con la Directiva 76/207²⁶ de cinco modelos distintos de acción positiva en favor de las mujeres contenidos en la Ley del Land de Hesse sobre la Igualdad de Derechos entre Mujeres y Hombres y para la Eliminación de la Discriminación de las Mujeres en la Administración Pública, de diciembre de 1993. El asunto había llegado a conocimiento del Tribunal en abril de 1997 a través de una cuestión prejudicial planteada por el Staatsgerichtshof (Tribunal estatal) del Land de Hesse, ante el cual se estaba desarrollando un procedimiento de control de legalidad a instancias de cuarenta y seis diputados del Parlamento (Landtag) de Hesse, que dudaban de que las medidas de acción positiva contenidas en la ley citada fuesen compatibles con la Constitución del Land, en concreto con los principios de selección de los más capacitados (criterio del mérito) y de igualdad de trato, además de con la Directiva mencionada, en la interpretación que de ella había hecho el TJUE en el caso Kalanke.

Es importante destacar que el Abogado General Saggio, que expuso sus conclusiones, en junio de 1999, abandona en el caso Badeck la tradicional concepción de la acción positiva como una excepción (objeto de interpre-

tación de restrictiva, pues) al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación, y acoge, en la línea del Tratado de Amsterdam, la tesis de que igualdad sustancial e igualdad formal no son realidades antitéticas sino complementarias, y que por tanto ni la previsión de acciones positivas es una excepción al principio de no discriminación, ni ha de ser objeto de interpretación restrictiva (punto 26 de sus conclusiones). Este razonamiento lleva al Abogado General a admitir la legitimidad, a la luz del Derecho comunitario, de las medidas de acción positiva, no sólo cuando se dirigen a garantizar la igualdad de oportunidades en el punto de partida (que era lo que el TJUE había afirmado abiertamente en el caso Kalanke), sino también la de aquéllas que inciden directamente sobre la inserción social de los miembros de colectivos tradicionalmente desventajados, dándoles una preferencia efectiva en la contratación y en la promoción²⁷. Esta línea de razonamiento será la acogida por el Tribunal en esta sentencia.

De los cinco modelos enjuiciados en Badeck, el primero de ellos otorgaba preferencia a las candidatas femeninas en caso de igualdad de cualificación entre candidatos seleccionados de distinto sexo, en los sectores de la función pública en los que las mujeres estuviesen infrarrepresentadas, siempre que fuese necesario para la consecución de los objetivos numéricos vinculantes diseñados en el correspondiente plan de promoción de la mujer, y salvo que a ello se opusiese un motivo de rango jurídico superior.

En los planes de promoción de las mujeres en la Administración del Land de Hesse (que han de adoptarse obligatoriamente) se determina para cada dos años cómo de alta ha de ser la proporción de mujeres contratadas o promovidas hacia niveles superiores en sectores en los que están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación femenina en aquellos niveles y sectores en los que haya empleadas menos mujeres que varones. En general, según esta ley, para cada plan de promoción hay que prever, en todos aquellos sectores en que las mujeres estén infrarrepresentadas, la asignación a las mujeres de más de la mitad de los puestos vacantes, salvo que el sexo sea condición imprescindible para el ejercicio de una determinada actividad o cuando se demuestre que no es posible alcanzar un número suficiente de mujeres con la cualificación necesaria (art. 5.4), y también en el supuesto de promoción sin asignación de puestos en sectores en los que las mujeres estén infrarrepresentadas,

26. 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.

27. La cuestión está en saber cuáles son los límites a los que deben sujetarse esta clase de medidas: "situaciones de conflicto real se presentan esencialmente en dos casos: cuando la medida de corrección, en el caso de la acción positiva en favor de las mujeres, sea una medida arbitraria en su contenido, en el sentido de que sacrifique en modo excesivo el derecho de los sujetos no pertenecientes al grupo al cual se destina, o cuando no sea proporcionada a las exigencias reales del grupo desfavorecido, esto es, cuando la realidad social no justifique la adopción del instrumento correctivo" (punto 29 de las conclusiones).

DOCTRINA

caso en el que de todos modos hay que prever una cuota de ascensos femeninos que suponga un porcentaje similar al de presencia de mujeres en el tramo retributivo inmediatamente inferior. Se añade que en caso de que se apliquen medidas de gestión del personal que impliquen la amortización de puestos, el plan de promoción ha de procurar mantener como mínimo inalterada la proporción de presencia femenina en los sectores afectados. En todo caso, los objetivos están previstos para ser cubiertos en dos años. Si a los dos años no se ha satisfecho el objetivo, cualquier contrato o promoción que favorezca a un varón de ahí en adelante en sectores en los que las mujeres estén infrarrepresentadas necesitará la aprobación de la instancia que adoptó el plan de acción positiva correspondiente²⁸, lo cual dota al sistema de un carácter de permanencia más allá de los dos años inicialmente previstos. Según el órgano remitente de la cuestión, la ley del Land no fijaba de forma uniforme cuáles habían de ser esos objetivos, sino que la determinación de los mismos dependería de las características concretas de los sectores y servicios a los que se aplicasen, lo cual dota al modelo de una flexibilidad valorada positivamente.

Pero lo determinante para estimar compatible con el Derecho comunitario este modelo es que, siempre en el marco de la satisfacción de tales objetivos, si en un proceso de selección se producía un empate derivado de una cualificación igual de dos candidatos, varón y mujer, el modelo no preveía que fuese la candidata femenina la automática y obligatoriamente favorecida: si la cualificación de dos candidatos, varón y mujer, es igual (mejor, equivalente) hay que optar por la candidata, pero "siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción y no se oponga a ello ningún motivo de rango jurídico superior" (ap. 33). Respecto a cuáles son esos «motivos de rango jurídico superior» (que, en definitiva, serían concreciones de la «cláusula de apertura» de la sentencia Marschall) respondió el Primer Ministro del Land que existen "cinco grupos de normas que justifican que se descarte la regla de la promoción de la mujer. Se trata, en primer lugar, del trato preferente otorgado a los antiguos miembros del personal de la Administración que hayan cesado por razones de trabajo

familiar (...) o que, por la misma razón, después de haber realizado un período de prácticas, no pudieron solicitar una contratación definitiva en el seno de la Administración. En segundo lugar, tienen preferencia con respecto a los nuevos nombramientos aquellas personas que, por motivos vinculados con el trabajo familiar, hayan ejercido una actividad a tiempo parcial y deseen volver a ejercer una actividad a tiempo completo" (ap. 35). Como vemos, estos motivos favorecerán normalmente también a mujeres. "En tercer lugar, se trata de los antiguos militares de empleo, es decir, aquéllos que voluntariamente hayan cumplido un servicio de duración limitada más largo que el servicio obligatorio (...) En cuarto lugar, se flexibilizan las posibilidades de ascenso en beneficio de las personas que sufren una minusvalía grave. La obligación de ascender a los minusválidos prima sobre la de ascender a las mujeres. Por último, se menciona la posibilidad de poner fin mediante contratación, al desempleo de larga duración" (ap. 35). En la línea de la sentencia Marschall, todos estos elementos excluyen que la preferencia de las mujeres tenga el carácter «absoluto e incondicional» proscrito por la sentencia Kalanke, ya que de este modo se garantiza que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tendrá en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos y que, en caso de concurrir un motivo de rango jurídico superior (los enumerados) el candidato que sería preterido de aplicarse la medida de acción positiva será el que obtenga la ventaja a la que se aspira²⁹.

Este elemento se convierte, según se deduce también de la sentencia Anderson y en la línea ya defendida en la sentencia Marschall, en el elemento decisivo para el Tribunal a la hora de determinar si una medida de acción positiva es compatible o no con el Derecho comunitario y, en concreto, con la Directiva 76/207. De hecho, en la sentencia Anderson pesa más en la decisión del Tribunal de rechazar el modelo diseñado por la normativa sueca la ausencia de esa cláusula de apertura que el hecho de que pueda llegar a ser seleccionada una persona cuyos méritos, pese a ser suficientes para desempeñar el puesto de que se trate, sean inferiores a los de un candidato del sexo opuesto. Aunque el Tribunal considera que la medida

²⁸ Además, "en tanto no se haya elaborado un plan de promoción de la mujer, en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas no podrá efectuarse ninguna contratación ni promoción. En el caso de que el plan de promoción de la mujer no haya entrado aún en vigor (...) no podrá efectuarse ninguna contratación ni promoción contraria al plan de promoción de la mujer propuesto" (art. 10.5 de la Ley).

²⁹ No entra a valorar el Tribunal lo dispuesto en el último inciso del art. 5.4 de la Ley ("cuando se apliquen medidas de gestión del personal que impliquen la congelación o amortización de puestos, el plan de promoción de la mujer deberá garantizar que la proporción de mujeres en los sectores afectados permanezca, como mínimo, inalterada"). Podríamos poner esta norma en conexión (aunque no sean del todo idénticos) con los casos resueltos por la Corte Suprema estadounidense en supuestos de programas de acción positiva que conllevaban la protección de los miembros de minorías étnicas en caso de despido, incluso en vulneración de la regla *last in, first out*, a efectos de mantener su proporción numérica dentro de una empresa o de un determinado sector. La Corte Suprema ha fijado de forma tajante y sin apenas disensiones internas un límite infranqueable en este punto a las medidas de tratamiento preferente en favor de miembros de colectivos tradicionalmente marginados: la proporción de miembros de minorías étnicas no puede intentar incrementarse o mantenerse alterando el criterio de antigüedad en los casos en los que hay que proceder al despido de empleados. Sería interesante que hubiese habido un pronunciamiento del TJUE respecto a esta cuestión concreta. Un extenso comentario a la jurisprudencia estadounidense en esta materia en DÖRING, Matthias: *Frauenquoten und Verfassungsrecht (die Rechtmäßigkeit «umgekehrter Diskriminierung» nach US-amerikanischen Verfassungsrecht und ihre Bedeutung für die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Frauenquoten auf dem Arbeitsmarkt der deutschen Privatwirtschaft)*. Berlín: Duncker & Humblot, 1996 (Schriften zum öffentlichen Recht, Band 694), en especial págs. 41 y ss.

DOCTRINA

concreta resulta desproporcionada en relación al fin que se pretende conseguir, que es el de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral mediante la concesión de ventajas concretas destinadas a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, no vincula claramente dicha falta de proporcionalidad al elemento del mérito, sino que parece ligarla a la ausencia de la cláusula de apertura (apartado 55 de la sentencia Anderson). Se va asentando, por tanto, la jurisprudencia de que, para que un modelo de medidas de acción positiva pueda ser considerado compatible con el Derecho comunitario, todas las candidaturas presentadas a un procedimiento de selección han de poder ser valoradas individualizadamente, a efectos de permitir a la instancia decisora tomar en consideración circunstancias particulares que puedan concurrir en la persona de los candidatos que no pueden beneficiarse de la acción positiva. De hecho, en la propia sentencia Anderson se pronuncia el Tribunal de Luxemburgo sobre una praxis administrativa y jurisprudencial existente en Suecia según la cual la preferencia prevista en la norma cuestionada sólo se aplica en caso de que los candidatos posean una cualificación equivalente o casi equivalente. El Tribunal, en la línea de lo defendido por el Abogado General Saggio en sus conclusiones, admite que dicha práctica sería compatible con el Derecho comunitario siempre que vaya acompañada de una «cláusula de apertura» que permita la valoración individualizada de todas las candidaturas.

Otro elemento importante destacado en ambas sentencias (específicamente previsto en la norma enjuiciada en el caso Badeck, pero del que el Tribunal vuelve a hacerse eco al decidir el caso Anderson) es el de que, para valorar correctamente las aptitudes y las capacidades de todos los candidatos, varones y mujeres, que se enfrentan en un proceso de selección, se introducen una serie de correctivos, orientados a garantizar que los méritos tenidos en cuenta sean efectivamente relevantes para el puesto que hay que cubrir³⁰, y a evitar que determinados méritos, formulados de manera neutra pero que perjudican generalmente a las mujeres (situación familiar, ingresos del cónyuge,

trabajo a tiempo parcial, permisos o aplazamiento de la terminación de los estudios motivado por el cuidado de hijos o familiares necesitados de cuidados) sean ignorados y que se sobreestimen los que tradicionalmente favorecen a los varones (antigüedad, edad, fecha del último ascenso).

Respecto al resto de los modelos de acción positiva analizados por el TJUE en el caso Badeck, el segundo de ellos³¹ obligaba a que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al servicio científico o para los auxiliares científicos no titulados previesen un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representen entre los estudiantes, licenciados o doctores en cada especialidad. Obsérvese que aquí no se hace referencia alguna a la necesidad de que las mujeres se hallen infrarrepresentadas en tales ámbitos para que puedan aplicarse estas medidas, un dato importante al que no se refiere en ningún momento el Tribunal.

Nuevamente, el que se puedan cumplir tales previsiones pasa necesariamente por que las candidatas gocen de igual cualificación que los candidatos, pues sólo entonces opera la preferencia en el momento de la selección. La principal diferencia con el primer modelo es que en aquél la determinación de los objetivos cuya satisfacción había de perseguirse era relativamente flexible, en el sentido de que su fijación exacta dependía, en cada plan de promoción, de las características concretas del sector o servicio donde hubiesen de aplicarse. Aquí el objetivo numérico está más definido, pues se fija en función, como mínimo, de la proporción de mujeres estudiantes, licenciadas o doctoras existente en cada especialidad, según las exigencias de titulación de cada puesto. Ahora bien, para el Tribunal de Luxemburgo tal correspondencia cuantitativa, pese a su carácter más rígido, no es rechazable al fundarse sobre un dato real, el del número de personas que han adquirido una formación profesional adecuada (ap. 42), ni, completaríamos el razonamiento del Tribunal, resulta cuantitativamente desproporcionada. Por ello, y teniendo en cuenta que también en este punto "son aplicables las consideraciones generales relativas al carácter

30. El art. 10 de la ley prevé que, al evaluar a los candidatos, se tomen en consideración las experiencias adquiridas al desarrollar labores domésticas, y que no se tomen en cuenta las ausencias del trabajo justificadas por razones familiares, y por otra parte limita la consideración del criterio de antigüedad en el servicio, un criterio cuya valoración normalmente favorece a los trabajadores varones: art. 10 (Decisiones de selección): "1. Con el fin de garantizar la igualdad de derechos entre mujeres y hombres en la contratación y promoción, así como el cumplimiento de los planes de promoción de la mujer, deberán apreciarse la aptitud, la competencia y la capacidad profesional (cualificación) de los candidatos en relación con las exigencias del puesto o cargo vacante. Para la apreciación de la cualificación, se considerarán las capacidades y la experiencia adquiridas en el hogar mediante el cuidado de hijos o de personas necesitadas de cuidados (trabajo familiar), siempre que sean relevantes para la aptitud, la competencia y la capacidad de las candidatas y candidatos. Lo mismo se aplicará cuando se haya simultaneado un trabajo familiar con una actividad laboral por cuenta ajena. 2. La antigüedad, la edad y el tiempo transcurrido desde la última promoción sólo podrán considerarse en la medida en que sean de relevancia para la aptitud, la capacidad y la competencia de las candidatas y los candidatos. 3. No podrán tomarse en consideración ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge. El trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivados por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados, acreditada esta circunstancia mediante certificado médico, no podrán afectar de forma negativa a la evaluación de la actividad profesional ni a la promoción profesional. Esto no supondrá la equiparación sistemática de los permisos a los períodos de empleo".

31. "7. Los puestos pertenecientes al servicio científico que (...) se provean con carácter temporal deberán cubrirse, como mínimo, con una proporción de mujeres equivalente a la que éstas representen entre los licenciados (...) [o] entre los doctores de la especialidad correspondiente. Los recursos destinados a la contratación de personal científico auxiliar no titulado deberán destinarse, como mínimo, al empleo de una proporción de mujeres equivalente a la que éstas representen entre los estudiantes de la especialidad correspondiente".

DOCTRINA

vinculante de los objetivos de un plan de promoción de la mujer" (ap. 41)³², el modelo se estima compatible con la Directiva sobre igualdad de trato.

Ya comenté en otro lugar³³ que era previsible que los factores numéricos llegasen a constituir un elemento muy importante en la futura jurisprudencia del TJUE en materia de acciones positivas en favor de las mujeres, y aquí empieza a apuntarse la necesidad de configurar adecuadamente el parámetro cuantitativo que se emplea en el diseño de objetivos numéricos que han de ser cubiertos necesariamente por mujeres. El Tribunal de Luxemburgo, sin embargo, no profundiza más en la cuestión como hubiera sido deseable, por lo clarificador que podría resultar en una materia aún tan poco explorada en cuanto a sus límites, y continúa aceptando el que la «infrarrepresentación», en aquellos supuestos en que se exige, venga dada por una presencia de mujeres inferior al cincuenta por ciento en el ámbito de que se trate, cuando en mi opinión es menos distorsionador, sobre todo en ciertos espacios, valorar la infrarrepresentación según el porcentaje de mujeres que disponen de la cualificación requerida para acceder a un determinado puesto cuando se exija una capacitación especial que sólo unos pocos poseen.

El tercer modelo enjuiciado en el caso Badeck, aplicable en el ámbito de la función pública, reservaba a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación, en aquellas profesiones en las que estaban infrarrepresentadas, que requerían una formación especializada y respecto a las cuales el Estado no ejercía un monopolio de formación³⁴. Aquí sí nos encontramos ante un auténtico modelo de reserva de plazas («cuota rígida»), puesto en práctica por el legislador de Hesse en el ámbito de la formación profesional cualificada por considerar que "constituye una injusticia intolerable a la vista de la evolución reciente, pero constante, de un éxito escolar más pronunciado entre las mujeres jóvenes que entre los hombres jóvenes" el que "pese a la consagración del principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la Grundgesetz y de la prohibición de discriminación por razón de sexo que figu-

ra en su artículo 3, en la realidad social las mujeres siguen estando en desventaja con respecto a los hombres y que, a pesar de una igualdad jurídica formal, éstas no tienen particularmente en la vida laboral, acceso igual a los puestos de mayor cualificación" (ap. 49).

El Tribunal de Luxemburgo ha considerado que este modelo, pese a ser más rígido en su diseño que los anteriores, no es incompatible con la Directiva, primero porque si las candidaturas femeninas no fuesen suficientes para cubrir los puestos de formación reservados, éstos podrían ser cubiertos por varones (ap. 51); segundo, porque "lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública" (ap. 52), es decir, que se está incidiendo directamente en una mejora de la igualdad real de oportunidades de las mujeres, al valerse de la formación como un medio para lograr un incremento en las posibilidades reales de éstas de luchar por la consecución de los bienes escasos e indivisibles socialmente valiosos; y tercero, porque "dado que la cuota sólo se aplica a las plazas de formación respecto de las cuales el Estado no ejerce un monopolio y que, por tanto, se trata de casos de formación para los cuales también hay plazas disponibles en el sector privado, ningún candidato masculino queda definitivamente excluido de la formación" (ap. 53).

El cuarto modelo analizado en la sentencia, por su parte, garantizaba el que las mujeres cualificadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, fuesen convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas³⁵, de modo que o se cita a todas las candidatas cualificadas que cumplan los requisitos previstos en la convocatoria, y en tal caso el número de varones convocados puede ser igual, inferior o superior al de mujeres convocadas, o se convoca a un número restringido de candidatas cualificadas, y en tal caso los varones cualificados sólo pueden ser convocados como máximo también en ese número. En opinión del Tribunal, siguiendo las conclu-

32. Entendemos que hay que interpretar la afirmación transcrita de que "son aplicables las consideraciones generales relativas al carácter vinculante de los objetivos de un plan de promoción de la mujer" (ap. 41) en el sentido de que la preferencia no se concedería tampoco en este caso a la mujer candidata con igual cualificación que un varón de existir «motivos de rango jurídico superior» que aconsejasen la concesión a éste de la ventaja en cuestión, como ya se dijo respecto al primer modelo de acción positiva analizado. Es eso lo que defendió el Abogado General Saggio en sus conclusiones, al admitir la compatibilidad con el Derecho comunitario del modelo específico de acción positiva previsto en la Ley para el ámbito de la docencia y la investigación universitarias siempre que no se excluya a los candidatos varones de la posibilidad de concurrir a tales puestos y no en el sentido de que establece una reserva fija de puestos que necesariamente han de ser cubiertos por mujeres. No habría estado de más, en mi opinión, una afirmación explícita por parte del Tribunal, toda vez que tales exigencias, expresadas para el primero de los modelos analizados, no se reproducen en el fallo cuando se hace referencia a este segundo modelo.

33. En mi artículo "Medidas de tratamiento preferente...", *cit.*, pág. 333.

34. Art. 7 (Asignación de plazas de formación profesional): "1. En aquellas profesiones que requieren una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas, deberán reservarse a éstas al menos la mitad de las plazas de formación profesional. La primera frase del presente apartado no se aplicará a los cursos de formación impartidos exclusivamente por el Estado. 2. Se adoptarán las medidas apropiadas para dar a conocer entre las mujeres la existencia de plazas libres de formación profesional en las profesiones contempladas en la primera frase del apartado 1 del presente artículo, con el fin de alentarlas a presentar sus candidaturas. Si, pese a la adopción de dichas medidas, no se presentara un número suficiente de candidaturas de mujeres, más de la mitad de las plazas de formación profesional podrán ser cubiertas por hombres, no obstante lo dispuesto en la primera frase del apartado 1".

35. Art. 9 (Entrevista de presentación): "1. En los sectores en que las mujeres estén infrarrepresentadas, si se celebra una entrevista de presentación, se convocará a la misma, como mínimo, a un número igual de mujeres que de hombres, o a todas las candidatas que cumplan los requisitos legales o de otro tipo establecidos para ocupar el puesto de personal o el cargo que deba nombrarse".

DOCTRINA

siones del Abogado General, estas previsiones no suponen "alcanzar un resultado definitivo de contratación o promoción, sino que ofrece posibilidades adicionales a las mujeres cualificadas para facilitar su acceso al mundo laboral y a su carrera" (ap. 60), y sólo operan en la medida en que éstas estén suficientemente cualificadas. Al orientarse a una promoción directa de la igualdad de oportunidades, este modelo de acción positiva no es incompatible con la Directiva sobre igualdad de trato.

Respecto al último modelo, se planteó al Tribunal si el Derecho comunitario se opone a la norma del Land de Hesse según la cual en el nombramiento de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, al menos la mitad de los miembros han de ser mujeres³⁶. Esta reserva de plazas había sido considerada incompatible con la Directiva por el Abogado Saggio en sus conclusiones, pero el Tribunal la admite dado que la norma que la contempla no tiene carácter vinculante ni es una disposición de carácter imperativo, sino que su efectividad depende de otras disposiciones legales que habrían de ser modificadas para dotar a esta medida de carácter obligatorio. La medida se plantea simplemente como un objetivo cuya efectividad real depende de otras disposiciones legales, no siendo además aplicable a los cargos de naturaleza electiva.

CONCLUSIÓN

Lo más destacado de estas dos sentencias es, en primer lugar, la confirmación de que para que un modelo de acción positiva a favor de las mujeres sea compatible con el Derecho comunitario (en particular con la Directiva 76/207) se exige que no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual (habría que decir mejor

«equivalente») a la de sus competidores masculinos y que se incluya una «cláusula de apertura» que posibilite el que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. Se confirma asimismo la necesidad de que los méritos de los candidatos que concurren a un procedimiento de selección para acceder a un determinado empleo se valoren del modo más objetivo posible y sólo en la medida en que sean relevantes para el puesto de que se trate, evitando la sobrevaloración de méritos que, aun formulados de forma neutra, favorecen tradicionalmente a los varones. El Tribunal de Luxemburgo, por otra parte, acepta en el caso Badeck la legitimidad de medidas de acción positiva sumamente rígidas en su diseño (modelos puros de reserva de plazas) siempre que no supongan la atribución directa del bien escaso al miembro del colectivo tradicionalmente marginado pero sí una mejora para tales sujetos de la igualdad real de oportunidades de alcanzarlo.

Se echa de menos, sin embargo, en estas dos sentencias una mayor atención por parte del Tribunal a la importancia que tiene la elección adecuada del parámetro cuantitativo que se utiliza al diseñar los objetivos numéricos y las plazas reservadas necesariamente a mujeres, aunque por primera vez se apunta tímidamente la relevancia de tales factores numéricos. Y se echa de menos asimismo en la sentencia Anderson un desarrollo siquiera mínimo por parte del Tribunal en su argumentación jurídica acerca de la importancia real que hay que atribuir al «mérito» en los procesos de asignación de bienes escasos, en supuestos como el comentado en el que el criterio meritocrático, tradicional criterio de adjudicación de puestos de trabajo y de ascensos, fue desplazado al menos en parte en aras de lograr mayores niveles de igualdad real.

³⁶ Art. 14 (Órganos colegiados): "En el nombramiento de los miembros de comisiones, comités consultivos, comités de gestión o de control, así como de otros órganos colegiados, al menos la mitad de sus miembros deberán ser mujeres".

LEGISLACIÓN

DECISIÓN DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2000/228/CE), DE 13 DE MARZO DE 2000 RELATIVA A LAS DIRECTRICES PARA LAS POLÍTICAS DE EMPLEO DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA EL AÑO 2000³⁷.

IV. REFORZAR LA POLÍTICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Integración en las políticas generales de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres

Las mujeres siguen enfrentándose a problemas particulares en lo que respecta al acceso al mercado de trabajo, a los ascensos profesionales, a los niveles salariales y a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar. Por ello es importante, entre otras cosas:

- garantizar que las mujeres se beneficien de las medidas activas de mercado de trabajo proporcionalmente a su tasa de desempleo,
- reducir los efectos disuasivos de los sistemas fiscales y de prestaciones, independientemente del ámbito en que se presenten, dada su negativa incidencia sobre la oferta de mano de obra femenina,
- prestar especial atención a los obstáculos a los que han de hacer frente las mujeres que desean crear nuevas empresas o ejercer una actividad por cuenta propia,
- garantizar que las mujeres puedan acogerse a formas flexibles de organización del trabajo, de forma voluntaria. Por ello, los Estados miembros:

18) adoptarán un enfoque favorable a la integración de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la aplicación de las Directrices en sus cuatro pilares. Con el fin de poder evaluar concretamente los progresos realizados en este sentido, los Estados miembros deberán desarrollar sistemas y procedimientos adecuados para la recogida de datos.

Combatir la discriminación entre hombres y mujeres

Los Estados miembros y los interlocutores sociales deberán plasmar su voluntad de promover la igualdad de oportunidades en un incremento de la tasa de ocupación de las mujeres. También deberían estar atentos al desequilibrio en la representación de la mujer o del hombre en ciertos sectores de actividad y en ciertas profesiones, así como a la mejora de las oportunidades de promoción profesional de las mujeres. Los Estados miembros:

19) se esforzarán por reducir la desigualdad entre las tasas de desempleo de hombres y mujeres, para lo cual apoya-

rán activamente el aumento del empleo de las mujeres y adoptarán medidas para alcanzar una representación equilibrada de mujeres y hombres en todos los sectores de actividad y en todas las profesiones. Tomarán igualmente medidas positivas destinadas a promover la igualdad de remuneración por un trabajo idéntico o por tareas equivalentes y a reducir las diferencias de ingresos entre mujeres y hombres. Con el fin de reducir las desigualdades por razones de sexo, los Estados miembros considerarán asimismo la posibilidad de hacer un mayor uso de medidas destinadas a mejorar la condición de la mujer.

Conciliar la vida laboral con la vida familiar

Las políticas sobre interrupción de la actividad profesional, permiso parental, trabajo a tiempo parcial y horarios de trabajo flexibles, que redundan en beneficio tanto de los empresarios como de los trabajadores, revisten especial importancia para mujeres y hombres. Habría que acelerar y supervisar regularmente la aplicación de las diversas directivas y acuerdos entre los interlocutores sociales sobre este tema. Es necesaria una oferta suficiente de servicios de calidad de guardería y de asistencia a otras personas a cargo, a fin de favorecer la incorporación y continuidad de hombres y mujeres en el mercado laboral. En este sentido, es esencial alcanzar un reparto equitativo de las responsabilidades familiares. Para reforzar la igualdad de oportunidades, los Estados miembros y los interlocutores sociales:

20) diseñarán, aplicarán y promoverán políticas de apoyo a la familia, incluidos servicios de cuidado de los niños y otras personas a cargo, que sean asequibles, de fácil acceso y de elevada calidad, así como esquemas de permiso parental o de otro tipo.

Facilitar la reincorporación al mercado de trabajo

Las personas que se reincorporan al mercado de trabajo después de una ausencia pueden experimentar dificultades a la hora de acceder a actividades de formación, o por el hecho de que sus cualificaciones hayan quedado obsoletas. Los Estados miembros:

21) prestarán especial atención a la situación de las mujeres y de los hombres que desean reincorporarse a la vida

³⁷. Publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie L 72, de 21.3.2000, pp. 15-20. Se reproducen únicamente las destinadas a reforzar la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

LEGISLACIÓN

activa remunerada tras una ausencia y, a tal fin, estudiarán la manera de suprimir progresivamente los obstáculos que dificultan esa reincorporación.

La Comisión de las Comunidades Europeas ha adoptado, con fecha 19 de junio de 2000, una **Decisión relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y grupos de expertos creados por dicho órgano comunitario** (se trata de la Decisión 2000/407/CE, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie L 154, de 27.6.2000). La Comisión se compromete a conseguir una representación equilibrada de hombres y mujeres en estos órganos, planteándose como objetivo, a medio plazo, alcanzar un mínimo del 40% de personas de cada sexo en cada uno de ellos (art. 2). Como abarca también a los grupos y comités ya existentes, la Comisión velará por

nombrar un miembro del sexo infrarrepresentado cuando se sustituya o expire el mandato de algún miembro (arts. 1 y 2). En el año 2003 se estudiará la aplicación de esta Decisión y, tras publicar un informe, se tomarán las medidas pertinentes (art. 3).

El Comité Mixto del Espacio Económico Europeo ha modificado el articulado del Protocolo 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con el objeto de ampliar la cooperación de las partes contratantes de dicho Acuerdo incluyendo el programa de acción comunitario sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre las mujeres, niños y adolescentes. La **Decisión 39/2000**, de 11 de abril de 2000, será aplicable desde el día 1 de enero de 2000 y se ha publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie L 141, de 15.6.2000.

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO Y DE LOS MINISTROS DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, REUNIDOS EN EL SENO DEL CONSEJO, DE 29 DE JUNIO DE 2000, RELATIVA A LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA DE HOMBRES Y MUJERES EN LA ACTIVIDAD PROFESIONAL Y EN LA VIDA FAMILIAR.

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS MINISTROS DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, REUNIDOS EN EL SENO DEL CONSEJO,

Considerando lo siguiente:

- (1) El Tratado de Amsterdam consagró la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer como misión de la Comunidad, ofreciendo a tal fin nuevas posibilidades de actuación comunitarias, en particular mediante los artículos 2, 3, 137 y 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
- (2) El principio de igualdad entre hombres y mujeres supone la necesidad de compensar la desventaja de las mujeres por lo que se refiere a las condiciones de acceso y participación en el mercado de trabajo y la desventaja de los hombres en lo que se refiere a las condiciones de participación en la vida familiar, derivada, de prácticas sociales que todavía presuponen el trabajo no remunerado relacionado con los cuidados de la familia como responsabilidad principal de las mujeres y el trabajo remunerado inherente a la vida económica como responsabilidad principal de los hombres.
- (3) El principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo y de trabajo supone la igualdad de trato entre padres y madres trabajadoras, en particular en cuanto a la necesidad de ausentarse del lugar de trabajo para

atender a hijos u otras personas que dependen de ellos.

(4) La participación equilibrada de mujeres y hombres tanto en el mercado de trabajo como en la vida familiar, que supone una ventaja tanto para los hombres como para las mujeres, constituye un elemento indispensable para el desarrollo de la sociedad, y la maternidad, la paternidad y los derechos de los niños son valores sociales eminentes que la sociedad, los Estados miembros y la Comunidad Europea deben proteger.

(5) Tanto los hombres como las mujeres, sin discriminación fundada en el sexo, tienen derecho a compaginar la vida profesional y la vida familiar.

(6) Existe un importante acervo comunitario, así como otras iniciativas relevantes en el contexto de la Unión Europea, que deben tenerse en cuenta en el ámbito del derecho a compaginar la actividad profesional y la vida familiar.

(7) La Decisión 2000/228/CE del Consejo, de 13 de marzo de 2000, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2000 prevé el refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, poniendo de relieve la necesidad de introducir medidas encaminadas a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar. Dicha Decisión pone de relieve la importancia que para hombres y mujeres revisten las medidas en materia de interrupción de carrera, per-

LEGISLACIÓN

miso parental y trabajo a tiempo parcial, así como de formas de trabajo flexible que, respetando el necesario equilibrio entre flexibilidad y seguridad, sirvan tanto a los intereses de los trabajadores como de los empresarios.

(8) El Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, reconoció la importancia de fomentar la igualdad de oportunidades en todos sus aspectos, incluyendo la reducción de la segregación profesional y la simplificación de la conciliación de la vida laboral y familiar, y consideró que uno de los objetivos generales de las políticas activas de empleo deberá ser que la proporción de mujeres activas supere el 60% en 2010.

(9) Existe un conjunto de instrumentos y compromisos internacionales encaminados a conjugar la actividad profesional y la vida familiar, en particular en el marco de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Organización Internacional del Trabajo.

Y considerando que:

(10) Habida cuenta del apartado 3 del artículo 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, es importante proteger a los hombres y mujeres trabajadores que ejerzan derechos inherentes a la paternidad, a la maternidad o a la conciliación de la vida profesional y familiar.

(11) El comienzo del siglo XXI constituye un momento simbólico para la concreción del nuevo contrato social entre los sexos, en el que la igualdad de hecho de hombres y mujeres en la esfera pública y la esfera privada se asuma socialmente como condición de democracia, supuesto de ciudadanía y garantía de autonomía y de libertad individuales, con repercusiones en todas las políticas de la Unión Europea.

1. AFIRMAN que:

a) El objetivo de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, de forma paralela con el objetivo de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones, constituyen dos supuestos especialmente importantes para la igualdad entre hombres y mujeres.

b) Es necesario un enfoque global e integrado de la articulación de la vida profesional y de la vida familiar como un derecho de los hombres y de las mujeres, un factor de realización personal en la vida pública, social, familiar y privada, un valor social de importancia y una responsabilidad de la sociedad, de los Estados miembros y de la Comunidad Europea.

c) Es preciso realizar todos los esfuerzos necesarios e impulsar medidas concretas, así como el seguimiento y evaluación respectivos, en particular mediante indicadores adecuados, con el fin de dar lugar a los cambios de estructuras y actitudes indispensables para que exista una participación equilibrada de hombres y mujeres tanto en la esfera laboral como en la familiar.

d) Es necesario promover medidas para mejorar la calidad de vida de todas las personas, con respeto y solidaridad acti-

va entre hombres y mujeres tanto en relación con las generaciones venideras como con las generaciones anteriores.

2. ALIENTAN a los Estados miembros a:

a) Reforzar en los programas de sus Gobiernos la promoción de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar como una de las condiciones básicas para la igualdad de facto, indicando las medidas concretas que deben adoptarse, tanto de carácter transversal como específicas.

b) Elaborar estrategias globales e integradas encaminadas a lograr una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, teniendo en cuenta las siguientes medidas, sin perjuicio de las mejores prácticas aplicadas en los distintos Estados miembros:

I) evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, manteniendo sus derechos en materia laboral, permiso del que deberá disfrutarse simultáneamente al permiso de maternidad de la madre, independientemente de la duración respectiva de los permisos de maternidad y paternidad,

II) evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores derechos que les permitan prestar un apoyo sustancial a la vida familiar con vistas a la realización de la igualdad,

III) reforzar las medidas que favorezcan un reparto equilibrado entre los trabajadores, hombres y mujeres, de los cuidados que deben prestarse a los hijos, personas de edad, personas con deficiencias y otras dependientes de ellos,

IV) reforzar las medidas que fomenten el desarrollo de servicios de apoyo a las familias y definir criterios de evaluación de resultados sobre la mejora de las estructuras de cuidados a los niños,

V) otorgar, en su caso, una protección específica a las familias monoparentales,

VI) estudiar la posibilidad de armonizar los horarios escolares y laborales,

VII) estudiar la posibilidad de reflejar en los programas escolares la conciliación de la vida familiar y de la actividad profesional como presupuesto para la igualdad de hombres y mujeres,

VIII) recopilar datos y publicar regularmente informes cuantitativos de la participación de las mujeres y de los hombres en el mercado de trabajo y de la participación de los hombres y las mujeres en la vida familiar, así como de la utilización, por parte de las mujeres y de los hombres, del permiso de maternidad, de paternidad y parental, incluidos los respectivos efectos en la situación de las mujeres y de los hombres en el mercado de trabajo, para tener un conocimiento preciso de la situación en la práctica y favorecer la sensibilización de la opinión pública en la materia,

IX) proporcionar apoyo a la investigación científica en este sector para permitir el desarrollo de nuevas ideas y conceptos,

LEGISLACIÓN

X) aplicar incentivos y medidas de apoyo a las organizaciones no gubernamentales que se comprometan activamente con el objetivo de la presente Resolución,

XI) concebir, realizar y fomentar periódicamente campañas informativas y de sensibilización para hacer progresar las mentalidades, tanto en el conjunto de la población como en grupos específicos,

XII) alentar a las empresas, en particular a las pequeñas y medianas empresas, a introducir y a aplicar en mayor medida prácticas de gestión que tengan en cuenta la vida familiar de sus trabajadores y trabajadoras.

3. INVITAN a las Instituciones y órganos de la Comunidad Europea a que:

a) En su calidad de empleadores y basándose en un estudio previo, adopten medidas para favorecer la contratación y la promoción profesional equilibradas de hombres y mujeres, a efectos de contribuir a la lucha contra la segregación horizontal y vertical del mercado de trabajo.

b) Evalúen periódicamente los resultados de dichas medidas y hagan publicar los resultados respectivos.

4. INVITAN a la Comisión a que:

a) Intensifique, en particular en el marco de los programas de iniciativa comunitaria, sus esfuerzos de información, de sensibilización, de estímulo de la investigación y de puesta en marcha de acciones piloto para llevar a la práctica la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar.

b) Tenga en cuenta la presente Resolución en su quinto programa de acción sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular poniendo de relieve la igualdad de responsabilidades familiares de hombres y mujeres en el ámbito de sus objetivos estratégicos y

destacando adecuadamente las medidas que promuevan la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar.

c) Habida cuenta de las nuevas exigencias de los artículos 2 y 3, del apartado 1 del artículo 137 y del apartado 3 del artículo 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y teniendo en cuenta el mencionado quinto programa de acción, proponga nuevas formas de participación equilibrada de mujeres y de hombres tanto en la actividad profesional como en la vida familiar.

d) Se esfuerce en desarrollar el diálogo entre los interlocutores sociales a nivel europeo, respetando su autonomía, con vistas a la promoción de la igualdad de hombres y mujeres en la articulación de la vida profesional y la vida familiar.

e) Informe con regularidad a los Estados miembros sobre los progresos realizados en el presente ámbito.

5. INVITAN a los empleadores públicos y privados, a los trabajadores y a los interlocutores sociales a escala nacional y europea:

a) A que intensifiquen sus esfuerzos por garantizar una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, en particular mediante la organización del tiempo de trabajo y la supresión de las condiciones generadoras de discriminación salarial entre hombres y mujeres.

b) En particular a los interlocutores sociales, a que se esfuercen por encontrar soluciones que promuevan la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional.

6. SE COMPROMETEN a realizar periódicamente un debate sobre los temas de la presente Resolución en un marco paralelo al tema de la participación equilibrada de hombres y mujeres en el proceso de toma de decisiones.

INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN POR PARTE DE ESPAÑA DEL PROTOCOLO ADICIONAL A LA CARTA SOCIAL EUROPEA, HECHO EN ESTRASBURGO EL 5 DE MAYO DE 1988³⁸

JUAN CARLOS I REY DE ESPAÑA

Por cuanto el día 5 de mayo de 1988 el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Estrasburgo el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en el mismo lugar y fecha, Vistos y examinados el Preámbulo, los trece artículos del referido Protocolo y los siete artículos de su anexo, Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución, Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin para su mayor

validación y firmeza, mando expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores. Dado en Madrid a 7 de enero de 2000.

PROTOCOLO ADICIONAL A LA CARTA SOCIAL EUROPEA Estrasburgo, 5 de mayo de 1988

PREÁMBULO

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo, Resueltos a tomar nuevas medidas encaminadas a ampliar la protección de los derechos sociales y económicos garantizada por la Carta Social

³⁸ Publicado en el BOE n.º 99, de 25 de abril de 2000, pp. 16074-8. El presente Protocolo ha entrado en vigor para España a partir del día 23 de febrero de 2000. Se reproducen sólo los aspectos relativos a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin discriminaciones por razones de sexo. La corrección de errores se ha publicado en el BOE n.º 220, de 13 de septiembre de 2000.

LEGISLACIÓN

Europea, abierta a la firma en Turín el 18 de octubre de 1981 (en adelante denominada la Carta),
Convienen en lo siguiente:

PARTE I

Las Partes reconocen como objetivo de su política, que perseguirán por todos los medios adecuados, tanto nacionales como internacionales, la consecución de las condiciones idóneas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y principios siguientes:

1. Todos los trabajadores tienen derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razón del sexo.
2. Los trabajadores tienen derecho a ser informados y consultados dentro de la empresa.
3. Los trabajadores tienen derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral en la empresa.
4. Toda persona anciana tiene derecho a protección social.

PARTE II

Las Partes se comprometen a considerarse vinculadas, según lo previsto en la parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos siguientes:

Artículo 1. Derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión. sin discriminaciones por razones de sexo.

1. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos:

- Acceso al empleo, promoción contra el despido y reincorporación profesional;
- Orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional;
- Condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración;
- Desarrollo de la carrera profesional, incluido el ascenso.

2. No se considerarán discriminatorias según el párrafo 1 del presente artículo las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular por lo que respecta al embarazo, al parto y al período postnatal.

3. El párrafo 1 del presente artículo no será óbice a la adopción de medidas concretas para remediar las desigualdades de hecho.

4. Podrán excluirse del alcance del presente artículo, o de algunas de sus disposiciones, las actividades profesionales que, por su naturaleza o las condiciones de su ejercicio, no puedan encomendarse más que a personas de un sexo determinado.

(...)

PARTE III

Artículo 5. Compromisos

1. Cada una de las Partes se compromete:

- a) A considerar la parte 1 del presente Protocolo como una declaración de los objetivos cuya consecución perseguirá

por todos los medios apropiados, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo introductorio de dicha parte;
b) a considerarse vinculada por uno o más artículos de la parte II del presente Protocolo.

2. El o los artículos escogidos de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del párrafo 1 del presente artículo serán notificados al Secretario general del Consejo de Europa por el Estado contratante al depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

3. En cualquier momento posterior, cada una de las Partes podrá declarar, mediante notificación dirigida al Secretario general, que se considera vinculada por cualquier otro artículo de la parte II del presente Protocolo que la misma no hubiera aceptado todavía según lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo. Esos compromisos posteriores se considerarán parte integrante de la ratificación, aceptación o aprobación y surtirán los mismos efectos a partir del trigésimo día que siga a la fecha de la notificación.

PARTE IV

Artículo 6. Supervisión de la observancia de los compromisos contraídos.

Las Partes informarán sobre la aplicación de las disposiciones de la parte II del presente Protocolo que hayan aceptado en los informes que presenten en virtud del artículo 21 de la Carta.

PARTE V

Artículo 7. Aplicación de los compromisos contraídos.

1. Las disposiciones pertinentes de los artículos 1 a 4 de la parte II del presente Protocolo podrán aplicarse mediante:

- a) Medidas legislativas o reglamentarias;
- b) convenios celebrados entre los empleadores; organizaciones de empleadores y las organizaciones trabajadoras;
- c) o una combinación de esos dos métodos;
- d) otros medios apropiados.

2. Se considerarán cumplidos los compromisos diamantes de los artículos 2 y 3 de la parte II del presente Protocolo cuando dichas disposiciones, de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se apliquen a la gran mayoría de los trabajadores interesados.

Artículo 8. Relaciones entre la Carta y el presente Protocolo.

1. Las disposiciones del presente Protocolo no afectarán a las disposiciones de la Carta.

2. Los artículos 22 a 32 y 36 de la Carta se aplicarán, *mutatis mutandis*, al presente Protocolo.

(...)

ANEXO AL PROTOCOLO. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROTOCOLO EN LO QUE SE REFIERE A LAS PERSONAS PROTEGIDAS

(...)

Artículo 1.

Se entiende que las cuestiones referentes a la Seguridad Social, así como las disposiciones relativas a las prestaciones de desempleo, vejez y supervivencia podrán excluirse del ámbito de aplicación de este artículo.

LEGISLACIÓN

Artículo 1. párrafo 4.

Esta disposición no deberá interpretarse en el sentido de que obligue a las Partes a establecer, por vía legislativa o reglamentaria, la lista de las actividades profesionales que, en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, podrán reservarse a trabajadores de un sexo determinado.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

La sentencia del Tribunal Constitucional 195/1996, de 28 de noviembre, establece que corresponde al legislador estatal la tarea de reelaborar la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en aras del respeto y clarificación del orden constitucional de competencias y en beneficio de la seguridad jurídica, imprescindibles en materia sancionadora.

El legislador, a través de la disposición adicional primera de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de nueve meses desde su entrada en vigor, un texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, las distintas disposiciones legales que enumera. En su virtud, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de agosto de 2000,

DISPONGO:

Artículo único.

Se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que se inserta a continuación.

Disposición final única. Entrada en vigor

El presente Real Decreto Legislativo y el texto refundido que aprueba entrarán en vigor el día 1 de enero de 2001. Dado en Palma de Mallorca a 4 de agosto de 2000.

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

(...)

Capítulo II

Sección 1ª. Infracciones en materia de relaciones laborales
Subsección 1ª. Infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas

Artículo 8. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

(...) 12. Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajado-

res en la empresa, lengua dentro del Estado español, o por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales.

13. El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma.

(...)

Subsección 2ª. Infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria

Artículo 9. Infracciones graves y muy graves.

(...) 2. Son infracciones muy graves:

d) Las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación favorable o adversa, por razón del sexo, nacionalidad, lengua, estado civil, condición social, ideas religiosas o políticas y adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o, en general, de las actividades sindicales.

(...)

Sección 2ª. Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales

Artículo 12. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

(...) 7. La adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquellos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.

(...)

Artículo 13. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia.

(...)

Sección 3ª. Infracciones en materia de empleo

Subsección 1ª. Infracciones de los empresarios y de las agencias de colocación en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional ocupacional

Artículo 16. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

(...) 2. Establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado español.

(...)

Disposición final única. Carácter de esta Ley.

La presente Ley, así como sus normas reglamentarias de desarrollo, constituyen legislación dictada al amparo del artículo 149.1.2ª, 7ª, 17ª y 18ª de la Constitución Española.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, DE 6 DE JULIO DE 2000 (SALA QUINTA).

1. Mediante resolución de 14 de octubre de 1998, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de octubre siguiente, el Överklagandenämnden för Högskolan (Comisión de Recursos de los establecimientos de enseñanza superior), planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70; en lo sucesivo, «Directiva»).

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Abrahamsson y el Sr. Anderson, por una parte, y la Sra. Fogelqvist, por otra, acerca del nombramiento de esta última como profesora de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Göteborg.

Marco jurídico

Derecho comunitario

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

4. Según el tercer considerando de la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124), «las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos, de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad». Con referencia específica al artículo 2, apartado 4, de la Directiva, el Consejo recomendó a los Estados miembros:

«1) que adopten una política de acción positiva, destinada

a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de:

- a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres en la sociedad;
- b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos; [...]»

5. Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999, el artículo 141 CE dispone en sus apartados 1 y 4:

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. [...]

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.»

6. La Declaración n. 28, sobre el apartado 4 del artículo 141 (antiguo artículo 119), del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, anexa al Acta final del Tratado de Amsterdam, establece:

«Al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Estados miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral.»

Derecho nacional

7. La jämställdhetslagen (1991:433) (Ley sueca sobre la igualdad) establece, en su artículo 16, párrafo segundo, número 2, que se autorizan las medidas de discriminación positiva cuando contribuyan al esfuerzo emprendido en favor de la igualdad en la vida laboral. Este artí-

culo dispone:

«Se considerará que existe una discriminación ilegal entre sexos cuando un empresario, para proveer puestos, promover o formar con vistas a la promoción, designe a una persona y no a otra del sexo opuesto, y la persona no seleccionada reúna en mayor medida los requisitos objetivos para ocupar dicho puesto de trabajo o para participar en la formación. Estos requisitos no se aplicarán cuando el empresario pueda probar que:

- 1) la decisión no tiene relación directa o indirecta con el sexo de la persona desfavorecida;
- 2) la decisión forma parte de los esfuerzos emprendidos en favor de la igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, o
- 3) la decisión está justificada por tener en cuenta el interés moral o cualquier otro interés particular que no debe ceder manifiestamente ante el interés de igualdad en la vida profesional.»

8. El artículo 15 del Capítulo 4 del högskoleförordningen (1993:100) (Reglamento sueco sobre la enseñanza superior), en su versión en vigor antes del 1 de enero de 1999 (en lo sucesivo, «Reglamento 1993:100»), dispone, respecto de la motivación de las decisiones de promoción y de nombramiento en los puestos docentes:

«Para proveer un puesto docente deberán motivarse los méritos de orden científico, artístico, pedagógico, administrativo o cualquier otro mérito que tenga relación con el contenido de la asignatura a que se refiera el puesto y con su naturaleza en general. Deberá tenerse igualmente en cuenta la aptitud del candidato para informar de su investigación y de su trabajo de desarrollo. Además, en el momento del nombramiento, habrán de tenerse en cuenta criterios objetivos que concuerden con las finalidades generales de la política del mercado de trabajo, de la igualdad, de la política social y de la política de empleo.»

9. El artículo 15 bis del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100 establece una forma de discriminación positiva específica para el supuesto de que un establecimiento de enseñanza superior decida aplicar dicha discriminación para la provisión de puestos o para determinadas categorías de puestos con vistas a favorecer la igualdad en el medio laboral. En este caso, un candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea la capacitación suficiente para el puesto, podrá ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, siempre que la diferencia entre las respectivas capacitaciones no sea tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de la contratación.

10. Con arreglo al artículo 16 del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100, en un procedimiento de selección de profesor, hay que dar una importancia particular a las

competencias científicas y pedagógicas.

11. Según el artículo 4, apartado 2, de la lagen (1994:260) om offentlig anställning (Ley sueca relativa a los empleos en la función pública), aplicable a los organismos públicos, hay que dar prioridad a la competencia si ningún otro motivo particular justifica actuar de manera diferente. Se deduce de los trabajos preparatorios de dicha disposición que el objetivo de favorecer la igualdad puede constituir un motivo particular.

12. El förordningen (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte (Reglamento sueco relativo a determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación con vistas a favorecer la igualdad; en lo sucesivo, «Reglamento 1995:936»), entró en vigor el 1 de julio de 1995.

13. Se deduce de los trabajos preparatorios de dicho Reglamento (Proyecto 1994/95:164) que, según el Gobierno sueco, la evolución hacia un reparto más equitativo entre los sexos en el ámbito de la enseñanza se ha efectuado a un ritmo especialmente lento, de modo que es necesario un esfuerzo extraordinario con miras a garantizar, a corto plazo, un aumento significativo del número de profesores de sexo femenino. El Reglamento 1995:936 traduce este esfuerzo específico cuya finalidad consiste en aplicar, cuando sea necesario y posible, las medidas denominadas de discriminación positiva. Tras la decisión del Gobierno sueco de 14 de marzo de 1996 (dnr U 96/91), la acción se refirió a treinta puestos de profesor.

14. Los artículos 1 a 3 del Reglamento 1995:936 disponen:

«Artículo 1
El presente Reglamento se aplicará a los puestos de profesor y de adjunto de investigación creados y provistos mediante créditos especiales en el ejercicio presupuestario 1995/1996 en determinadas Universidades y establecimientos de Enseñanza Superior del Estado en el marco de los esfuerzos emprendidos para favorecer la igualdad de trato en la vida profesional.

Artículo 2

Las Universidades y los establecimientos de Enseñanza Superior a los que se concedan dichos créditos deberán crear y proveer estos puestos de conformidad con el [Reglamento 1993:100], teniendo en cuenta las excepciones indicadas en los artículos 3 a 5 del presente Reglamento. Sin embargo, dichas excepciones sólo se aplicarán la primera vez en que se provean los mencionados puestos.

Artículo 3

En el momento del nombramiento, las disposiciones del artículo 15 bis del Capítulo 4 del [Reglamento 1993:100] serán sustituidas por las disposiciones siguientes.

Al candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes con arreglo al artículo

15, párrafo primero, del Capítulo 4 del [Reglamento 1993:100] se le concederá la preferencia frente al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado (discriminación positiva), si ello fuere necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado. No obstante, se excluirá la discriminación positiva cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que de ella resultaría una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación.»

15. Resulta del Proyecto 1994/95:164 que la limitación que figura en el artículo 3, párrafo tercero, del Reglamento 1995:936 fue insertada para atenerse al artículo 9 del Capítulo 11 de la Constitución sueca, según el cual, para la provisión de los empleos del Estado, sólo se tomarán en consideración criterios objetivos, tales como los méritos (duración de los servicios anteriores) y la competencia (aptitud para ocupar el puesto, demostrada por la formación teórica y práctica y la experiencia anterior). También se ha declarado en el Proyecto 1994/95:164 que, «aunque el objetivo destinado a favorecer la igualdad constituye un criterio objetivo en el sentido de la Constitución sueca, se desprende de dicha disposición que la diferencia de nivel de méritos, permitida en caso de discriminación positiva, estará sujeta a determinados límites».

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

16. El 3 de junio de 1996, la Universidad de Göteborg publicó la plaza vacante para proveer un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera. La oferta de empleo indicaba que el nombramiento en dicho puesto debía contribuir a la promoción de la igualdad de sexos en la vida profesional y que, con arreglo al Reglamento 1995:936, podría aplicarse la discriminación positiva.

17. Se presentaron ocho candidatos, entre ellos, las Sras. Abrahamsson, Destouni y Fogelqvist y el Sr. Anderson.

18. La Comisión de Nombramientos de la Facultad de Ciencias (en lo sucesivo, «tribunal calificador»), encargada de la selección efectuó dos votaciones, la primera de las cuales tenía en cuenta únicamente la capacitación científica de los candidatos. En esta votación, el Sr. Anderson resultó ser el primero con cinco votos y la Sra. Destouni obtuvo tres votos. En la segunda votación, que tenía en cuenta tanto los méritos científicos como el Reglamento 1995:936, la Sra. Destouni fue clasificada primera con seis votos contra dos votos para el Sr. Anderson. El tribunal calificador propuso al Rector de la Universidad de Göteborg nombrar a la Sra. Destouni, indicando expresamente que el nombramiento de esta candidata, en vez del Sr. Anderson, no vulneraba la exigencia de objetividad en el sentido del artículo 3, párrafo tercero, del Reglamento 1995:936. Refiriéndose, en ambos casos, a los dictámenes de expertos, el tribunal calificador clasificó al Sr. Anderson en segundo lugar y a la Sra.

Fogelqvist en el tercero.

19. Al renunciar a su candidatura la Sra. Destouni, el Rector de la Universidad decidió, el 27 de junio de 1997, convocar nuevamente al tribunal calificador con el fin de que se pronunciase sobre las demás candidaturas teniendo en cuenta la igualdad entre hombres y mujeres y, más en particular, el objetivo del Reglamento 1995:936 y el plan de igualdad hombres-mujeres de la Universidad. El 6 de noviembre de 1997, el tribunal calificador declaró que no podía examinar nuevamente la cuestión teniendo en cuenta dichos elementos, puesto que el aspecto de la igualdad ya había sido considerado en su primera decisión. Por lo demás, declaró que una mayoría de sus miembros estimaba que la diferencia entre el Sr. Anderson y la Sra. Fogelqvist era considerable, pero que le era difícil interpretar el alcance del artículo 3, párrafo tercero, del Reglamento 1995:936.

20. El 18 de noviembre de 1997, el Rector de la Universidad de Göteborg decidió nombrar a la Sra. Fogelqvist en dicho puesto. En su resolución, el Rector hizo referencia al Reglamento 1995:936 y al plan de igualdad hombres-mujeres de la Universidad e indicó que la diferencia entre los respectivos méritos del Sr. Anderson y de la Sra. Fogelqvist no era tan considerable como para que la discriminación positiva en favor de esta última vulnerara la exigencia de objetividad en la provisión de puestos.

21. El Sr. Anderson y la Sra. Abrahamsson apelaron ante el Överklagandenämnden för Högskolan. El Sr. Anderson alegó que el nombramiento era contrario, a la vez, a las disposiciones del artículo 3 del Reglamento 1995:936 y a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051). La Sra. Abrahamsson sostuvo que la apreciación de las candidaturas por parte del tribunal calificador no había sido equitativa y que su producción científica era mejor que la de la Sra. Fogelqvist. No obstante, reconoció que los méritos del Sr. Anderson eran superiores a los suyos.

22. El 13 de marzo de 1998, el tribunal calificador, reunido nuevamente, indicó que no tenía motivos para revisar sus anteriores posturas. El 26 de junio de 1998, el Rector también se pronunció negativamente acerca de los recursos.

23. El Överklagandenämnden estimó que el Sr. Anderson y la Sra. Fogelqvist eran los candidatos más capacitados y que se deducía de la investigación efectuada que el Sr. Anderson era claramente más competente en el plano científico que la Sra. Fogelqvist. En cuanto a las competencias pedagógicas, según el Överklagandenämnden, no podía considerarse que uno de los dos candidatos fuera claramente más capacitado que el otro. El criterio de la competencia administrativa tampoco parecía ser determinante, aunque podía considerarse que, si bien la Sra. Fogelqvist poseía cierta ventaja en este aspecto, ésta era

bastante limitada.

24. El Överklagandenämnden indicó también que, por tradición y según la jurisprudencia aplicable, se concede una importancia particular, en la apreciación de conjunto, a los méritos científicos. En el caso presente, la ligera superioridad de la Sra. Fogelqvist en el plano administrativo no podía compensar la superioridad del Sr. Anderson en el plano científico. Por consiguiente, la cuestión de principio que se planteaba era si, en el momento de apreciar con arreglo al Reglamento 1995:936 la discriminación positiva, el hecho de que la Sra. Fogelqvist perteneciera a un sexo infrarrepresentado podía compensar la ventaja del Sr. Anderson y, además, si la aplicación del Reglamento 1995:936 era conforme con el Derecho comunitario y, en particular, con el artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

25. Por lo que se refiere a la aplicación del Reglamento 1995:936, el Överklagandenämnden expuso que el alcance de la limitación de su artículo 3, párrafo tercero (respecto de la exigencia de objetividad en la provisión de puestos), a las medidas de discriminación positiva no estaba aclarado por otras fuentes jurídicas. Sin embargo, afirmó que podía suponerse que dicha limitación significa que el objetivo de igualdad debe ponderarse con el deseo de que funciones importantes para la sociedad, tales como la investigación y la enseñanza superior, sean ejercidas de la mejor manera posible. A este respecto, el Överklagandenämnden estimó que la exigencia de objetividad implica que no se puede aplicar una medida de discriminación positiva cuando, de manera manifiesta, pueda mermar la eficacia con la que se ejercen tales funciones en caso de que no sea seleccionado el candidato más capacitado. El Överklagandenämnden consideró que, en el marco de la apreciación de la cuestión controvertida en el litigio principal respecto de este criterio, no aparecía claramente una vulneración de la exigencia de objetividad en caso de nombrar a la Sra. Fogelqvist.

26. En cuanto a la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la forma de discriminación positiva prevista en el artículo 3 del Reglamento 1995:936, el Överklagandenämnden estimó que las disposiciones de la Directiva no dan una respuesta inequívoca. Tras observar que el significado de la excepción del principio de igualdad de trato, establecida en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, había sido examinado, en cierta medida, por el Tribunal de Justicia en las sentencias Kalanke, antes citada, y de 11 de noviembre de 1997, Marschall (C-409/95, Rec. p. I-6363), el Överklagandenämnden consideró que, no obstante, era útil interrogar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del Derecho comunitario en la materia, conforme al artículo 177 del Tratado.

27. En estas circunstancias, el Överklagandenämnden för

Högskolan decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuatro cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Se oponen los apartados 1 y 4 del artículo 2 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, a una legislación nacional según la cual un aspirante perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para un puesto estatal, debe ser designado con preferencia a un aspirante del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado (discriminación positiva), si así fuere necesario para seleccionar al aspirante del sexo infrarrepresentado, y según la cual sólo se excluye una medida de discriminación positiva si la diferencia entre las capacitaciones de los aspirantes es tal que su aplicación vulneraría el principio de objetividad en la provisión de los puestos?

2) Si la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, ¿es en tal caso ilícita la aplicación de una medida de discriminación positiva, incluso si la aplicación de la legislación nacional se limita a la provisión, bien de un número de puestos predeterminado y limitado (como es el caso del Reglamento 1995:936), o bien de puestos que se crean en el marco de un programa especialmente aprobado en un centro universitario concreto, que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva [como es el caso del artículo 15 bis del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100]?

3) Si la respuesta a la segunda cuestión implica, en cualquier sentido, que tal discriminación positiva es ilícita, ¿puede considerarse que la norma, basada en la práctica administrativa sueca y en el párrafo segundo del artículo 15 del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100 -aprobada por el Överklagandenämnden- según la cual debe darse preferencia a un aspirante que pertenezca al sexo infrarrepresentado frente a un aspirante del sexo opuesto, siempre que ambos puedan ser considerados iguales o casi iguales en lo que respecta a sus méritos, es contraria, en algún sentido, a la Directiva mencionada en la primera cuestión?

4) ¿Sería distinta la apreciación de las cuestiones que anteceden si la legislación se refiere a los puestos de ingreso de nivel inferior comprendidos en el ámbito de una administración o a los puestos de máximo nivel de esa administración?»

Sobre la admisibilidad

28. Antes de responder a las cuestiones planteadas, es preciso examinar si el Överklagandenämnden för Högskolan debe ser considerado un órgano jurisdiccional

en el sentido del artículo 177 del Tratado.

29. Para apreciar si un organismo posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido de esta disposición, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véase, en particular, la sentencia de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa* y otros, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, aún no publicada en la Recopilación, apartado 33).

30. En el presente caso, el *Överklagandenämnden*, que es un órgano permanente, fue instituido por la *högskolelagen* (1992:1434) (Ley sobre la enseñanza superior; en lo sucesivo, «Ley 1992:1434»), cuyo artículo 1, apartado 1, del Capítulo 5 dispone que una comisión de recursos particular examina los recursos contra determinadas resoluciones adoptadas en materia de enseñanza superior.

31. Resulta del *förordningen* (1992:404) med instruktion för *Överklagandenämnden för Högskolan* (Reglamento que contiene las instrucciones aplicables a la Comisión de Recursos de la Enseñanza Superior) que, entre los ocho miembros del *Överklagandenämnden*, el presidente y el vicepresidente deben ser o deben haber sido jueces titulares. Entre los otros miembros, al menos tres deben ser juristas. La totalidad de los miembros son nombrados por el Gobierno.

32. El *Överklagandenämnden* examina de forma autónoma los recursos interpuestos contra las resoluciones de contratación de la Universidad y de las Escuelas Superiores. Conforme al artículo 9 del Capítulo 1 de la Constitución sueca, debe tomar en consideración a este respecto la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley y hacer respetar la objetividad y la imparcialidad. Conforme al artículo 7 del Capítulo 11 de la Constitución sueca, ningún órgano, incluido el Parlamento, puede decidir la manera en la que el *Överklagandenämnden* debe resolver un asunto particular que se le haya sometido. Sólo se examinan los recursos destinados a que se declare que el propio demandante debería haber sido nombrado en un puesto.

33. El *Överklagandenämnden* puede pronunciarse cuando están presentes el presidente, al menos, otros tres miembros, de los cuales al menos uno ha de ser jurista. Las normas relativas al procedimiento ante el *Överklagandenämnden* están contenidas en la *förvaltningslagen* (1986:223) (Ley sobre la gestión administrativa; en lo sucesivo, «Ley 1986:223»). Los asuntos se resuelven normalmente después de un dictamen que se emite tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de presentar observa-

ciones y de tomar conocimiento de las informaciones proporcionadas por las otras partes. El procedimiento también incluye una fase oral.

34. El examen culmina en una resolución obligatoria que no puede ser objeto de recurso (artículo 1, apartado 2, del Capítulo 5 de la Ley 1992:1434).

35. Se deduce de las disposiciones legales y reglamentarias mencionadas en los apartados 30 a 34 de la presente sentencia que el *Överklagandenämnden* tiene un origen legal y un carácter permanente, que, aunque sea una autoridad administrativa, está investido de una función jurisdiccional, que aplica normas jurídicas y que el procedimiento ante él es de naturaleza contradictoria, aun cuando la Ley 1986:223 no lo indique expresamente.

36. Por lo que se refiere al criterio de independencia, se desprende de las disposiciones constitucionales suecas, mencionadas en el apartado 32 de la presente sentencia, que el *Överklagandenämnden* se pronuncia sin recibir ninguna instrucción y con toda imparcialidad sobre los recursos contra determinadas resoluciones adoptadas en el seno de las Universidades y de las Escuelas Superiores.

37. Dichas garantías confieren al *Överklagandenämnden* la calidad de tercero en relación con las instancias que han adoptado la resolución que es objeto de recurso y la independencia necesaria para ser considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado.

38. Resulta de lo que antecede que el *Överklagandenämnden för Högskolan* debe ser considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, de modo que las cuestiones prejudiciales son admisibles.

Sobre el fondo

Observaciones preliminares

39. Con carácter preliminar, hay que hacer constar en primer lugar que, mediante estas cuestiones, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional, como la normativa sueca controvertida en el litigio principal, que establece, en el sector de la enseñanza superior, una discriminación positiva en la contratación en favor de candidatos que pertenezcan al sexo que esté infrarrepresentado.

40. La interpretación del artículo 141 CE, apartado 4, que se refiere a tales medidas, tan sólo resulta adecuada para resolver el litigio principal en el caso de que el Tribunal de Justicia considere que el referido artículo 2 se opone a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal.

41. A continuación, debe recordarse que, con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Directiva, ésta tiene por objeto poner en práctica, en los Estados miembros, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en particular, por lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la

JURISPRUDENCIA · TJCE ·

promoción, y a la formación profesional. A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva, este principio supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo.

42. Sin embargo, según el artículo 2, apartado 4, la Directiva no obstará las medidas para 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 artículo 1, apartado 1.

43. Por último, cabe recordar que, en su sentencia de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros (C-158/97, aún no publicada en la Recopilación, apartado 23), el Tribunal de Justicia declaró que una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario:

- cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y
- cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

Sobre la primera cuestión

44. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional, como la normativa sueca controvertida en el litigio principal, según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de puestos.

45. Procede observar de entrada que, a diferencia de las normativas nacionales en materia de discriminación positiva examinadas por el Tribunal de Justicia en las sentencias Kalanke, Marschall y Badeck y otros, antes citadas, la normativa nacional controvertida en el litigio principal permite dar preferencia a un candidato del sexo infrarrepresentado que, aun cuando posea la capacitación suficiente, no tenga una capacitación igual a la de los candidatos del sexo opuesto.

46. En principio, la selección de los candidatos a un empleo se realiza mediante la apreciación de sus capacidades en relación con las exigencias del puesto vacante o

de la función que se deba ejercer.

47. Pues bien, en los apartados 31 y 32 de la sentencia Badeck y otros, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que, para realizar dicha apreciación, es legítimo tener en cuenta determinados criterios positivos y negativos que, aunque estén formulados en términos neutros en cuanto al sexo, y que, por lo tanto, pueden beneficiar también a los hombres, favorecen en general a las mujeres. De este modo, puede decidirse que la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso sólo podrán tomarse en consideración si son relevantes para la aptitud, las cualificaciones y la capacitación profesional de los candidatos y las candidatas. Puede también decidirse que no se tendrán en cuenta ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge, y que el trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivado por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados no tendrán ningún efecto negativo.

48. En efecto, el objetivo de dichos criterios es, manifiestamente, lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, a evitar o compensar, conforme al artículo 141 CE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas del sexo infrarrepresentado.

49. A este respecto, es importante señalar que la aplicación de criterios como los mencionados en el apartado 47 de la presente sentencia debe efectuarse de manera transparente y debe poder ser controlada con el fin de excluir cualquier apreciación arbitraria acerca de la capacitación de los candidatos.

50. Por lo que se refiere al procedimiento de selección controvertido en el litigio principal, no resulta de la normativa sueca aplicable que la apreciación de la capacitación de los candidatos respecto de las exigencias del puesto vacante esté basada en criterios claros y precisos de modo que puedan evitar o compensar las desventajas en la carrera profesional de las personas del sexo infrarrepresentado.

51. Por el contrario, según esta normativa, un candidato a un empleo en la función pública que pertenece al sexo infrarrepresentado y que posee la capacitación suficiente para dicho empleo debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado, si dicha medida fuere necesaria para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado.

52. De ello se deduce que la normativa controvertida en el litigio principal concede automáticamente la preferencia a los candidatos del sexo infrarrepresentado, siempre que estén suficientemente capacitados, con el único requisito de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada uno de los sexos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en

la provisión de los puestos.

53. A este respecto, es importante destacar que el alcance de este requisito no se determina de forma precisa, de modo que la selección de un candidato, entre aquellos que tengan las capacitaciones suficientes, se basa, en definitiva, en el mero hecho de que pertenezca al sexo infrarrepresentado, incluso cuando los méritos del candidato así seleccionado sean inferiores a los de un candidato del sexo opuesto. Por añadidura, no se realiza un examen objetivo de las candidaturas que tenga en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos. De ello se deduce que dicho método de selección no puede estar legitimado por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

54. En estas circunstancias, es necesario determinar si una normativa como la controvertida en el litigio principal está justificada por el artículo 141 CE, apartado 4.

55. A este respecto, basta con hacer constar que, aun cuando el artículo 141 CE, apartado 4, con objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, autoriza a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, no puede deducirse de ello que esta disposición permita un método de selección como el controvertido en el litigio principal que, en todo caso, resulta ser desproporcionado en relación con el objetivo perseguido.

56. Procede, pues, responder a la primera cuestión que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva y el artículo 141 CE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos.

Sobre la segunda cuestión

57. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone también a dicha normativa nacional en el supuesto de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva.

58. A este respecto, basta con observar que el hecho de restringir el ámbito de aplicación de una medida de discriminación positiva como la controvertida no puede

modificar su carácter absoluto y desproporcionado.

59. Procede, pues, responder a la segunda cuestión que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva y el artículo 141 CE, apartado 4, también se oponen a dicha normativa nacional en el supuesto de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva.

Sobre la tercera cuestión

60. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una práctica jurisprudencial nacional según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes.

61. A este respecto, basta con destacar que, como se ha recordado en el apartado 43 de la presente sentencia, dicha práctica debe ser considerada compatible con el Derecho comunitario, cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

62. Procede, pues, responder a la tercera cuestión que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

Sobre la cuarta cuestión

63. Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si la respuesta a las cuestiones primera, segunda y tercera varía según que las normas nacionales se refieran a la selección de candidatos para el acceso a puestos de nivel inferior o a puestos de nivel superior.

64. A este respecto, basta con señalar que el Derecho comunitario no hace depender en absoluto la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que respecta al acceso al empleo, del nivel de los puestos que se deban proveer.

65. Procede, pues, responder a la cuarta cuestión que la apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer.

Costas

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

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Överklagandenämnden för Högskolan mediante resolución de 14 de octubre de 1998, declara:

1) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y el artículo 141 CE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considera-

ble como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos.

- 2) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 y el artículo 141 CE, apartado 4, también se oponen a dicha normativa nacional en el supuesto de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva.
- 3) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.
- 4) La apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 6 de julio de 2000.

El Secretario
R. Grass

El Presidente de la Sala Quinta
D.A.O. Edward

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 183/2000 DE 10 DE JULIO. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE SEXO POR BASARSE EN SALARIO CONTRARIO AL ART. 14 CE.

TEXTO DE LA SENTENCIA³⁹

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. 2671/96, interpuesto por doña Dolores Navarro Ruiz, doña Asunción Ordoñez González, doña María del Carmen Villar García, doña María del Carmen Parron Liñan, doña Francisca López Baena y doña Dolores Saldaña Lázaro, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña María José Millán Valero y con la asistencia letrada de don Luis Suárez Machota, contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 1996 y Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 10 de junio de 1994. Han intervenido, además del Ministerio Fiscal, Avon Cosmetics, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz y asistida por el Abogado don José A. Sanfulgencio. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala. (...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si, como alegan las actoras, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 1996 y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 10 de junio de 1994 han vulnerado el art. 14 CE. Se argumenta en la demanda de amparo que las indemnizaciones acordadas en favor de las ahora recurrentes en el Acuerdo de 23 de julio de 1992

son discriminatorias por razón de sexo, pues si el salario percibido por las demandantes en 1992 era discriminatorio por razón de sexo, según ha sido declarado judicialmente por sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, igualmente lo será una indemnización calculada sobre dicho salario discriminatorio.

El Ministerio Fiscal también estima que las Sentencias impugnadas habrían vulnerado el art. 14 CE, por lo cual sostiene que el Acuerdo indemnizatorio deberá adecuarse a las condiciones sobrevenidas, que, al mejorar la situación de las mujeres en relación a los hombres evitan la discriminación que anteriormente existía.

La empresa Avon Cosmetics, S.A., entiende, por el contrario, que no concurre la alegada lesión del art. 14 CE, pues con el sistema indemnizatorio acordado, que mejora el legalmente establecido, las actoras han recibido una indemnización mayor de la que les hubiese correspondido aplicando la fórmula legal sobre una base salarial actualizada. Consideración a la cual añade que, con independencia de los derechos constitucionales que puedan tener las trabajadoras, no es menos cierto que éstos han de ejercitarse en el tiempo y en la forma legalmente establecidos al efecto.

2. Antes de cualquier análisis sobre la pretensión deducida por las actoras procede, en primer término, examinar la causa de inadmisión del recurso de amparo alegada por la representación legal de Avon Cosmetics, S.A., consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC] como consecuencia de la no formalización del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, previsto en los arts. 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL, en adelante), toda vez que en el presente recurso de amparo las recurrentes en apoyo de su tesis citan precisamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992, que confirmaría el carácter discriminatorio del denominado "complemento Avon" para el colectivo de trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados, y también hacen referencia a otras Sentencias que pudieron servir de base para formular el recurso de casación, como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de marzo de 1992, y las del Tribunal Supremo de 10 de sep-

³⁹ El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito, y no tiene carácter auténtico.

tiembre de 1982 y de 8 de julio de 1986.

Tal motivo de inadmisión debe ser rechazado a la vista de las circunstancias concurrentes. Reiteradamente hemos dicho que la subsidiariedad del amparo tan sólo impone la previa formalización del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando no quepa duda respecto de la procedencia y posibilidad real y efectiva de interponerlo, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo (SSTC 337/1993, de 15 de noviembre; 347/1993, de 22 de noviembre; 354/1993, de 29 de noviembre; 377/1993, de 20 de diciembre; 132/1994, de 9 de mayo; 140/1994, de 9 de mayo; 93/1997, de 8 de mayo; 183/1998, de 17 de diciembre; 5/1999, de 8 de febrero y 173/1999, de 27 de septiembre). Además no basta con alegar la abstracta procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina, sino que corresponde a la parte que pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad de la demanda el acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía, debiéndose abstener de efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso, pues es claro que la diligencia de la parte para la tutela de su derecho ante los Tribunales ordinarios no alcanza a exigirle, *a priori*, la interposición de recursos de dudosa viabilidad (STC 120/1994, de 25 de abril).

En principio, conforme a la anterior doctrina constitucional, debe ser rechazada la alegación de Avon Cosmetics, S.A., relativa a la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sentencia impugnada en amparo, al poder haber sido invocada como sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, que resulta contradictoria con sus propias alegaciones de fondo, en las que la citada empresa argumenta reiteradamente que esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992 y las recurridas en amparo examinan y resuelven supuestos diferentes.

Por lo que se refiere a la alegación de Avon Cosmetics, S.A., relativa a la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sentencia impugnada en amparo, al poder haber sido invocadas como sentencias de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de marzo de 1992 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1982 y de 8 de julio de 1986, la misma también debe ser rechazada. De partida, la citada empresa no acredita la procedencia y posibilidad real y efectiva de la interposición del recurso de casación para la unificación doctrinal frente a la Sentencia impugnada, fundada en la contradicción doctrinal con las citadas sentencias, dada la sustancial identidad en cuanto a hechos, fundamentos y preten-

siones. De otra parte, nada en la demanda de amparo lleva a pensar que las referidas Sentencias sean contradictorias con la Sentencia impugnada, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos, tal y como exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

En definitiva, ni de las alegaciones de la empresa sobre la concurrencia del óbice procesal ahora analizado, ni del contenido de la demanda de amparo puede en absoluto alcanzarse la conclusión de que, en el supuesto aquí considerado, no quepa duda alguna respecto de la adecuación de dicho recurso para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo, exigencia que la doctrina constitucional antes citada establece a los efectos de imponer la formalización previa al recurso de amparo del recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. Solventada la anterior cuestión corresponde ya abordar el fondo de la planteada sobre la vulneración del art. 14 CE por las Sentencias impugnadas al haber confirmado la interpretación y aplicación del Acuerdo realizada por la empresa, en virtud de la cual las recurrentes habrían recibido una indemnización por la extinción de sus contratos de trabajo que entienden es discriminatoria por razón de sexo, pues fue calculada sobre la base de un salario (el percibido por las actoras en 1992) cuyo carácter discriminatorio por razón de sexo había sido declarado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992, confirmatoria de la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid de 2 de septiembre de 1988.

Antes de nada debemos precisar la proximidad y las diferencias que presenta la cuestión ahora afrontada con la planteada en el recurso de amparo núm. 3121/96 por trabajadoras de la empresa Avon Cosmetics, S.A., que prestaban servicios en la sección de envasado, cuya demanda de amparo fue desestimada por la STC 183/1998, de 17 de septiembre, precisamente porque, fundamentando también su demanda de amparo en el carácter discriminatorio por razón de sexo de su salario según las meritadas Sentencias laborales, este dato no se correspondía con la realidad, ya que dichas Sentencias habían declarado discriminatorio únicamente el salario percibido por las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados. Ahora bien, ha de recordarse que en aquella ocasión la Sala Primera afirmó que: "no es descartable que el salario —concretamente el complemento personal Avon— percibido por las demandantes de amparo fuera discriminatorio por motivo de sexo. Y, si así fuera, en principio habría que darles la razón cuando alegan que una indem-

JURISPRUDENCIA • TC •

nización calculada sobre un salario que incurre en discriminación por motivo de sexo es igualmente discriminatoria" (FJ 4).

En el presente supuesto las actoras son trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados, por lo que resulta cierto que el salario por ellas percibido, en uno de sus componentes, concretamente el denominado "complemento Avon", había sido declarado discriminatorio por razón de sexo por los Tribunales laborales. De otra parte, como se deduce de los antecedentes de hecho, y no resulta discutido en el presente proceso constitucional ni tampoco lo fue por los órganos judiciales en las Sentencias impugnadas, las indemnizaciones abonadas a las recurrentes tomaron como módulo un salario (el percibido por ellas en 1992) que fue, como acabamos de afirmar, declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo. Por lo tanto, y conforme con lo declarado por la citada STC 183/1998, en principio hemos de dar la razón a las actoras cuando alegan que es contraria al art. 14 CE una indemnización calculada sobre la base de un salario que ha sido declarado discriminatorio por razón de sexo por los Tribunales laborales. En idénticos términos se pronuncia el Ministerio Fiscal.

4. Las Sentencias recurridas, que no desestimaron la pretensión de las actoras por entender que la controvertida indemnización no fuera discriminatoria por razón de sexo y por tanto contraria al art. 14 CE, han basado su fallo en una serie de argumentos que destacan la diferencia conceptual entre salario e indemnización (por lo que no afectaría a esta última la calificación judicial sobre el carácter discriminatorio del salario de las actoras), la no impugnación del Acuerdo, el valor liberatorio de los recibos de saldo finiquito suscritos libre y voluntariamente por las actoras y la renunciabilidad de derechos en el momento de la extinción del contrato de trabajo.

De partida hemos de rechazar, en los mismos términos en que lo hace el Ministerio Fiscal, la relevancia en el presente caso de la diferencia conceptual entre salario e indemnización al calcularse esta última en atención al primero, pues, como venimos afirmando, es discriminatoria una indemnización que se calcula sobre la base de un salario discriminatorio, puesto que, en definitiva, perpetuaría la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras. Por lo tanto no puede admitirse el argumento atinente a la irrelevancia en el presente litigio de la declaración judicial sobre el carácter discriminatorio del salario de las actoras. El resto de los argumentos judiciales, analizados exclusivamente desde la perspectiva constitucional que corresponde a este Tribunal, vendrían a sostener que el consentimiento sin vicio prestado por las actoras a unas indemnizaciones que ahora impugnan, o la no impugnación del

acuerdo extintivo, determinaría una renuncia de derechos de las actoras.

Ahora bien, como ya ha sido suficientemente destacado por el Ministerio Fiscal, de los hechos probados así como de lo actuado en el proceso previo a este proceso constitucional no puede derivarse renuncia alguna de derechos por parte de las actoras. Todo lo contrario se deduce en el presente caso. Como se refleja en los antecedentes de la presente Sentencia, cuando se firmó el Acuerdo de extinción colectiva de relaciones de trabajo, que determinaría las indemnizaciones, posteriormente impugnadas por las actoras, aún estaba pendiente de resolución el conflicto colectivo relativo al carácter discriminatorio de los salarios percibidos por las actoras. En este contexto, la cláusula 9 del Acuerdo estableció que "con independencia de la firma de su correspondiente recibo de saldo y finiquito" si algún trabajador tuviera algún litigio o reclamación judicial pendiente con la empresa, y ésta resultase favorable a sus intereses, la empresa habría de abonar el importe correspondiente. Por tanto, el valor liberatorio de los recibos de saldo y finiquito firmados por las actoras, hay que interpretarlo a la luz de la salvedad contenida en la citada cláusula 9 del acuerdo extintivo, que precisamente preveía la adecuación de las cantidades allí pactadas (y posteriormente aceptadas por las actoras) a las consecuencias de lo judicialmente decidido en los procesos pendientes, lo que, en definitiva, constituye la pretensión de las actoras. Por último, y en todo caso, frente a la argumentación judicial de las sentencias impugnadas, y sin que sea necesario determinar aquí si estamos o no ante un derecho irrenunciable, baste recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque en supuestos diversos del ahora enjuiciado, ha declarado que la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana (casos *Barberá, Messegué y Jabardo*, de 6 de diciembre de 1988, § 82, *Oberschlick*, de 23 de mayo de 1991, §. 51, *F.C.B. c. Italia*, de 28 de agosto de 1991, §§ 33 a 35, y *Poitrimol*, de 23 de noviembre de 1993, §31).

5. Finalmente, tampoco pueden ser admitidas las argumentaciones esgrimidas por la empresa demandada. De partida, debe rechazarse el argumento atinente a que el sistema indemnizatorio pactado mejora en todo caso el legalmente establecido, pues no se ha acreditado ni tampoco se deduce de lo actuado que esta mejora sólo beneficiase a las trabajadoras afectadas por el expediente de regulación de empleo, de forma que "compensara" la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras en esta empresa, declarada por la Sentencia de la Sala de lo Social

del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, que finalmente vendría a confirmar la declaración en este sentido emitida por la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988.

Alega también la empresa Avon Cosmetics, S.A., que las actoras formulan una pretensión, en un procedimiento sobre reclamación de cantidad ante la jurisdicción social, que intenta desconocer una resolución administrativa firme, atacándola extemporáneamente por la vía de la jurisdicción laboral cuando lo procedente habría sido recurrir aquella resolución administrativa.

Este argumento, del que también se hace eco la Sentencia de suplicación impugnada, ha de ser igualmente rechazado, toda vez que en el presente supuesto no puede admitirse que la alegada discriminación por razón de sexo estuviese ya declarada en el momento de dictarse la resolución administrativa que autorizó las extinciones contractuales. Al estar en aquel momento cuestionado por las demandantes de amparo ante este Tribunal el carácter constitucional de las diferencias salariales de las que trae causa la anticonstitucionalidad ahora denunciada, resultaría desproporcionado o excesivo exigir que hubiese sido impugnada también en el correspondiente contencioso la resolución administrativa contemplada.

Tal y como se deduce de la lectura de los hechos probados de la Sentencia impugnada, recogidos en el antecedente de hecho 2 apartados b), c) y d) de la presente Sentencia, cuando se alcanzó el Acuerdo extintivo de fecha de 23 de julio de 1992, homologado por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, el 27 de julio de 1992, estaba pendiente de resolución el recurso de amparo núm. 1071/89, interpuesto por el comité de empresa de Avon Cosmetics, S.A., frente a la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 19 de abril de 1989, que a su vez había revocado la Sentencia de Magistratura de Trabajo de 2 de septiembre de 1988. Por lo tanto, en el momento de la conclusión del expediente de regulación de empleo y a la fecha de la resolución administrativa que autorizaría las extinciones colectivas no existía pronunciamiento judicial alguno que pudiera haber fundado una pretensión impugnatoria de la resolución administrativa por vulneración constitucional, en los términos que se articularía en la demanda de las actoras que dió lugar al proceso previo a este proceso constitucional.

Es más, la Sala Quinta del Tribunal Central de Trabajo, en su Sentencia de 19 de abril de 1989, revocó la Sentencia de Magistratura que había declarado el carácter discriminatorio del salario, por entender que el conflicto planteado, al no ser un conflicto jurídico sino un puro conflicto de intereses, no podía ser resuelto en sede jurisdiccional. Fue precisamente este Tribunal Constitucional el que, en su

Sentencia núm. 145/1992, de 13 de octubre, declaró la nulidad de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Central de Trabajo de 19 de abril de 1989, reconoció el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva y retrotrajo las actuaciones, ordenando a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como sucesora del extinto Tribunal Central de Trabajo, que dictara Sentencia resolviendo la cuestión planteada.

En modo alguno puede, pues, ser exigible a las actoras la interposición de un recurso contencioso-administrativo frente a la resolución administrativa que autorizó las extinciones, toda vez que en aquel momento no existía pronunciamiento judicial alguno sobre el carácter discriminatorio del complemento Avon percibido por las actoras.

6. De todo lo anterior se debe concluir que las actoras han sido discriminadas por razón de su sexo en relación con la indemnización recibida por la extinción de sus contratos de trabajo, al haber sido la referida indemnización calculada sobre la base de un salario que había sido declarado por los órganos judiciales competentes para ello discriminatorio por razón de sexo. Esta lesión constitucional, en cuanto no ha sido reparada, también resulta imputable a las Sentencias impugnadas.

Las anteriores consideraciones conducen directamente al otorgamiento del amparo a las actoras, y sólo queda por determinar los efectos de la presente Sentencia constitucional (art. 55 LOTC).

Solicitan las actoras en el suplico de su demanda de amparo la estimación de la pretensión formulada en su demanda inicial y, por lo tanto, que declaremos su derecho al abono de las cantidades que, en concepto de diferencias de indemnización, solicitaban en el suplico de sus demandas de instancia. Esta pretensión no puede ser atendida por este Tribunal, pues ello equivaldría a suplantar al órgano judicial competente en su función de interpretación de la normativa aplicable a los efectos de determinar la cantidad que a las actoras corresponde en concepto de indemnización por la extinción de su contrato de trabajo. En el presente caso la declaración de vulneración constitucional por las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia y del Juzgado de lo Social impugnadas debe determinar únicamente la anulación de dichas Resoluciones y la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, partiendo de que resulta contrario al derecho de las actoras a no ser discriminadas por razón de sexo que el cálculo de las indemnizaciones que a ellas corresponde por la extinción de sus contratos de trabajo se realice sobre la base de un salario declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo, dicte Sentencia resolviendo en términos constitucionalmente

correctos la pretensión de las actoras. De igual forma, son los órganos judiciales competentes los que habrán de determinar, en su caso, las eventuales consecuencias que sobre el Acuerdo indemnizatorio pudieran derivarse de la declaración contenida en la presente Sentencia constitucional sobre el trato discriminatorio por razón de sexo sufrido por las actoras.

FALLO

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

Otorgar el amparo solicitado por las recurrentes y, en consecuencia:

1º Declarar que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho de las actoras a no ser discriminadas por razón de sexo (art. 14 CE).

2º Restablecerlas en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 1996, resolutoria del recurso de suplicación núm. 6037/94, y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 10 de junio de 1994, dictada en los autos núm. 1028/93, así como retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, partiendo de que el cálculo de las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo de las actoras sobre la base de un salario declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo es contrario al art. 14 CE, dicte Sentencia resolviendo la pretensión de las recurrentes de amparo en términos conformes con el contenido constitucional del derecho vulnerado.

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

Dada en Madrid, a diez de julio 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. 2671/96.

Con el mayor respeto para los Magistrados que con su acuerdo mayoritario han dado lugar a la Sentencia, haciendo uso de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC expreso por medio del actual Voto particular mi criterio disidente de la Sentencia.

1. Mi disidencia comienza en la solución a la cuestión suscitada por la empresa comparecida en este proceso de amparo constitucional en la posición de demandado (art. 47 LOTC) sobre la admisibilidad del recurso por falta de agotamiento de la vía previa [art. 44.1 c) LOTC], como consecuencia de la no formalización del oportuno recurso

de casación para la unificación de doctrina.

No se trata de una alegación de "abstracta procedencia" de dicho recurso o de "vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso", por utilizar las propias expresiones de rechazo de la Sentencia (FJ 2), sino de atribuir a las propias alegaciones de la parte demandante acerca de la falta de valor liberatorio del finiquito y del apoyo jurisprudencial con que se aportan a este proceso, la funcionalidad reveladora de la concreta procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina, con base en las Sentencias que la propia parte cita. En tal sentido nos hemos pronunciado en reciente Sentencia de fecha 29 de noviembre de 1999 (STC 211/1999), en la que, ante un planteamiento similar de la parte recurrente, le atribuimos significación reveladora de la procedencia del omitido recurso previo y, como consecuencia, de óbice procedimental del recurso constitucional de amparo.

No puedo compartir la crítica que se expresa en nuestra Sentencia respecto del planteamiento de la empresa demandada, cuando se dice que su planteamiento al respecto "resulta contradictorio con sus propias alegaciones de fondo" sobre la intranscendencia para el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992, y las demás, pues, a mi juicio, lo que debe contar, para decidir si las Sentencias aludidas por los actores revelan la posibilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, no es el valor que al efecto les atribuya la parte demandada, sino el que les atribuye la parte demandante.

Me queda la desazonante impresión de que ante dos planteamientos similares sobre la falta de agotamiento de la vía previa hemos dado solución distinta en la STC 211/1999 y en la actual, en perjuicio en este caso de la parte demandada, que (ex art. 24 CE) tiene en principio derecho a la estabilidad de la tutela obtenida para su tesis en la vía judicial previa, modificable, en su caso, a través del correcto ejercicio en su contra de los recursos establecidos en el Ordenamiento jurídico.

2. Con todo, la razón fundamental de mi disidencia no se asienta en el tratamiento que damos al referido presupuesto procesal, cuanto en el del fondo mismo de la cuestión planteada.

Creo que nuestra Sentencia no acierta al exponer el sentido de la del Tribunal Superior de Justicia recurrida, que, en mi personal criterio, es constitucionalmente correcta. A mi juicio, en nuestra Sentencia incurrimos en el defecto de invertir los términos del que debiera ser el adecuado planteamiento del objeto del recurso, que no es primariamente el litigio sometido a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino (art. 44 LOTC) las sentencias pronunciadas respecto a él en el ejercicio de la función constitucional, que los mismos tienen atribuida en exclu-

siva (art. 117.3 CE).

En tal sentido, estimo que el enjuiciamiento de la Sentencia recurrida no podemos realizarlo, juzgando por nosotros mismos el litigio en aquélla decidido y, como consecuencia, rechazando la sentencia que no se ajuste a ese nuestro juicio, sino que debe referirse directa y primariamente a la sentencia misma, valorando críticamente la justeza de sus razonamientos, y ello en el marco de las alegaciones contrapuestas de ambas partes ante esta sede constitucional, que definen el marco de la congruencia exigible también a nuestras Sentencias *ex art. 80 LOTC* en relación con el 359 LEC. Será después del resultado negativo del enjuiciamiento de la sentencia de la jurisdicción ordinaria, tachada como vulneradora del derecho fundamental, cuando, en su caso, y desde el prisma constitucional, podamos entrar a enjuiciar la vulneración producida en la relación *inter privatos* y no antes.

A mi juicio, la referida inversión de los términos de nuestro enjuiciamiento se produce desde el inicio del FJ 3 de la Sentencia, alusivo al planteamiento de fondo, cuando con cita de la STC 183/1998, comenzamos afirmando la discriminación vedada, planteamiento de principio que supone un pie forzado para el posterior análisis de la Sentencia, que es, en mi personal criterio, en exceso sumario, prescindiendo en él en una gran medida de contenidos muy relevantes de las alegaciones de fondo de la empresa demandada.

Al hacer la crítica de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida se omiten contenidos argumentales de ésta, que son esenciales para fundar su fallo, y que han sido extensamente resaltados en las alegaciones de la parte demandada, las cuales quedan sin respuesta directa en nuestra propia Sentencia, al tiempo que se da una interpretación sobre la cláusula del acuerdo colectivo sobre la extinción de los contratos, en contra de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que creo no ajustada al sentido de dicha cláusula.

3. Dice bien nuestra Sentencia (FJ 4) que *"las Sentencias recurridas ... no desestimaron las pretensiones de las actoras en función de entender que la controvertida indemnización no fuera discriminatoria por razón de sexo y, consiguientemente, contraria al art. 14 CE"*; pero no es totalmente exacta, y por ello no dice bien, cuando resume los argumentos de la Sentencia, y en concreto, cuando se refiere a *"la no impugnación del Acuerdo"* o a que *"el consentimiento sin vicio prestado por las actoras a unas indemnizaciones que ahora impugnan, o la no impugnación del acuerdo extintivo, determinarían una renuncia de derechos de las actoras"*.

Desde el ángulo constitucional que nos compete lo más relevante de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, cuyo significado se minimiza en la nuestra, es que en aquélla se tacha de extemporánea la reclamación por dis-

criminación, cuando, pudiendo haber sido impugnado, no el Acuerdo colectivo sobre las indemnizaciones, sino la resolución administrativa que autorizó el expediente de regulación de empleo, en que dichas indemnizaciones se pactaron, no se impugnó.

Al respecto bueno es transcribir en lo pertinente el FJ 3 de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, como hace la demandada en la alegación séptima de su escrito, que en nuestra Sentencia recibe una respuesta, a mi juicio, desenfocada y poco rigurosa. Se dice lo siguiente en dicho FJ 3, tras exponer el planteamiento impugnatorio de la parte recurrente en suplicación, la misma que lo es ahora en este amparo:

"...censura jurídica que no puede prosperar porque, independientemente de la mentada conceptualización respecto del salario, no es éste en sí mismo el objeto de la litis, sino que la pretensión tiene como finalidad el variar en más y por la vía indirecta del 'quantum' convenido como resarcitorio por la extinción contractual habida como consecuencia de resolución administrativa que homologó [el subrayado y los que seguirán, míos y no del texto] los acuerdos suscritos por la representación de la empresa y la de los trabajadores, pactos que han de analizarse en su globalidad y si así lo aceptaron las afectadas, no manifestando oposición alguna durante su gestación, consintiendo y dejando firme la resolución aludida y suscribiendo los pertinentes recibos de saldo y finiquito no dejando fuera el tema que hoy impugnan, no es admisible que pudiendo y, en su caso, debiendo impugnar la indemnización convenida por discriminatoria en relación con la señalada a favor de los hombres se adoptara una actitud concluyente de aceptación y ahora se intente en procedimiento independiente, extemporáneamente y con olvido de su aquietamiento en el momento oportuno hacer variar en su favor lo libre y voluntariamente admitido anteriormente".

La parte demandada en su escrito de alegaciones (cuyo examen y decisión por nuestra parte tiene que ver con su derecho a una tutela judicial efectiva), aduce reiteradamente la eficacia obstativa para la acción de reclamación de cantidad desestimada del hecho de que, habiéndose producido la alegada discriminación en el momento de pactar la indemnización y en la resolución administrativa que autorizó la extinción de los contratos de las actoras en esas condiciones, no se impugnara esa resolución, pudiendo haberse impugnado. En tal sentido se expresa la alegación primera, cuando dice: *"Entendemos que lo que no se puede pretender es 'coger lo bueno de un sistema de compensación' (el número de días por año de servicio de indemnización más 500.000.- ptas) que les satisface en un concreto particular, dejándolo firme al no combatir una Resolución Administrativa e incluso firmar a posteriori sendos documentos de saldo y finiquito en fecha 31 de julio de 1992 y posterior Acuerdo con el Letrado de las actoras el día 11 de junio de 1993 para zanjar todas las posibles controversias pendientes, para luego instar el*

7 de diciembre de 1993 ante los Juzgados de lo social la demanda originadora de las presentes actuaciones".

Idea en la que se insiste más adelante en la propia alegación, al decir: "*Desde este prisma y con carácter general, la demanda de amparo debe ser totalmente desestimada, puesto que con independencia de los derechos constitucionales [el subrayado del propio texto] que puedan tener las trabajadoras, no es menos cierto que éstos han de ejercitarse en tiempo y formas legales [Idem en cuanto al subrayado]*".

Y a continuación: "*Ciertamente pugna contra elementales principios de seguridad jurídica que tras la aceptación de la resolución administrativa en la que se fijaban unas concretas indemnizaciones que no fueron puestas en tela de juicio, la firma de documentos de finiquito sin salvedad o reserva alguna y el posterior acuerdo laboral que zanjaba definitivamente todas las controversias pendientes, en un nuevo procedimiento se intente revocar por una vía indirecta la firmeza de la resolución del expediente de regulación*".

Abunda la parte demandada a lo largo de sus posteriores alegaciones en el dato del consentimiento de la resolución administrativa sin impugnarlo y en la improcedencia de una impugnación indirecta posterior.

Y así, aparte de una referencia en la alegación segunda, en la tercera se vuelve sobre la cuestión, diciendo que "... las trabajadoras objeto del expediente de regulación de empleo, previamente a la firma del finiquito deberían reclamar frente a la correspondiente resolución administrativa. En algunas ocasiones podrá acontecer que una resolución administrativa o judicial sea notoriamente no ajustada a Derecho o incluso injusta, mas ello no quita para que se deba seguir el cauce procedimental seguido en la normativa vigente para dejar sin efecto los actos ilícitos. No se trataría tanto de atacar extemporáneamente, cuando a los afectados les interesase, el efecto de una resolución ilegal (el documento de liquidación finiquito) sino la resolución previa...".

Y más adelante en la misma alegación: "*Partiendo de la existencia de la vulneración de un derecho fundamental manifestado en una resolución judicial o administrativa.*

Se pretende que obviando los procedimientos legalmente establecidos [el subrayado del texto] puedan dejar firmes las resoluciones y posteriormente en el momento en que se considere oportuno, instar a través de un procedimiento de simple reclamación de cantidad las diferencias económicas que se considere adeudadas".

Argumentación que se completa en la propia alegación con la observación de que "*tanto los derechos fundamentales como los ordinarios, en definitiva, los derechos sustantivos de los trabajadores, han de hacerse valer a través de los procedimientos fijados en el ordenamiento jurídicos y en los plazos marcados por las Leyes Procesales [el subrayado del texto]*".

La referencia a la firmeza de la resolución administrativa, a su no impugnación y a la extemporaneidad de la recla-

mación sobre la que se pronunciaron las Sentencias recurridas en este amparo, se reitera en las alegaciones cuarta, quinta, sexta y séptima del escrito de la demandada.

4. Era necesaria la precedente reproducción literal del concreto contenido de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia en su FJ 3, así como de las alegaciones de la demandada en apoyo de esta Sentencia, para evidenciar por la sola lectura contrastada de nuestra Sentencia en relación con tales datos, la existencia de lo que considero una sumariada excesiva de nuestra respuesta sobre elementos clave del debate, y en definitiva una comprensión desenfocada de la auténtica *ratio* de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. El desenfoque de esa comprensión conduce lógicamente a lo que considero un grave error de nuestra propia Sentencia.

La cuestión, como entendió, y justificó, a mi juicio, con total corrección constitucional la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida, consistía en que la alegada discriminación por razón de sexo, producida al utilizar para el cálculo de las indemnizaciones por las extinciones de los contratos de las actoras unos salarios en sí discriminatorios, se habría producido en la resolución administrativa que autorizó dichas extinciones, homologando las indemnizaciones pactada por los representantes de los trabajadores y de la empresa.

Ello sentado, era en aquel momento cuando la discriminación vedada debía haberse impugnado, por el cauce del recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución.

Se debe destacar que el carácter discriminatorio del salario de cómputo no es una revelación que se manifieste como novedad en virtud de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992, en la que se decidió definitivamente el conflicto colectivo sobre discriminación salarial, culminando el complicado itinerario procesal que se relata en los antecedentes de nuestra Sentencia. Por el contrario, antes de la conclusión del expediente de regulación de empleo había recaído ya una Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, en el referido conflicto colectivo, que, aunque no fuese firme, ponía ya de manifiesto la existencia de discriminación salarial en condiciones idóneas para que pudiera haberse ejercitado la impugnación de la resolución administrativa que homologó las indemnizaciones por la extinción de los contratos. La Sentencia final del proceso de conflicto colectivo no da vida al hecho jurídico de la discriminación salarial, en términos de poder justificar por ese hipotético hecho nuevo una demanda de reclamación de cantidad, basada en él, sino que dicha Sentencia solo tenía una virtualidad declarativa de un hecho jurídico que, como tal, existía antes, y con base en cuya existencia podían haber-

se ejercitado cualesquiera acciones que lo tomaran como fundamento.

No cabe así que una hipotética vulneración constitucional, producida en la resolución administrativa que autorizó el expediente de regulación de empleo, homologando las indemnizaciones pactadas, frente a la que no se ejercitó la acción de tutela jurisdiccional, ordinaria y constitucional, que en su caso, procediera, pueda hacerse renacer, a base de reproducir de modo indirecto y por otra vía (la de reclamación de cantidad) la impugnación que no se ejercitó en el momento procesal oportuno.

Ese intento es precisamente el que las Sentencias recurridas rechazan, y en concreto la del Tribunal Superior de Justicia, con una argumentación (la antes transcrita, a parte de otros argumentos complementarios) de impecable rigor jurídico, perfectamente respetuosa con el mecanismo procesal de la tutela del derecho fundamental a la no discriminación, y que en nuestra Sentencia se rechaza con una argumentación que considero inadecuada.

5. Consiste ésta, en síntesis, en la negativa de la *"diferencia conceptual entre salario e indemnización, al calcularse ésta última en atención al primero, pues ..., es discriminatoria una indemnización que se calcula sobre la base de un salario discriminatorio"* (FJ 4); en la afirmación de que (FJ 5) *"no puede admitirse que la alegada discriminación por razón de sexo estuviese ya declarada en el momento de dictarse la resolución administrativa que autorizó las extinciones contractuales"*, al estar pendiente la Sentencia del Juzgado, dictada en el proceso de conflicto colectivo, de un recurso en cuyo complejo itinerario se dictó nuestra STC 145/1992, de 13 de octubre, culminando al fin por la posterior Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; y en la conclusión final, extraída del planteamiento precedente, de que *"en modo alguno puede, pues, ser exigible a las actoras la interposición de un recurso contencioso-administrativo frente a la resolución administrativa que autorizó las extinciones, toda vez que en aquel momento no existía pronunciamiento judicial alguno sobre el carácter discriminatorio del complemento Avon percibido por las actoras"*.

Es claro que la negativa de que la discriminación por razón de sexo estuviese declarada no es exacta, según ya he anticipado; cosa distinta es que la declaración no fuese firme. Pero en todo caso lo relevante aquí no es que la declaración referida fuese o no firme, pues, reiterando lo que antes decía, la final sentencia firme no constituye el hecho de la discriminación, sino que simplemente declara su existencia. En otros términos, la alegada discriminación no existe porque la Sentencia lo diga, abriendo a partir de ellas unas vías procesales para extraer las consecuencias posibles del hecho de la discriminación en los ámbitos en que éste se proyecte, sino que la Sentencia lo dijo porque la discriminación existía en la realidad. Nada impedía así

que, lo mismo que con base en ella se interpuso una demanda de conflicto colectivo, se tomase en cuenta ese mismo hecho, para impugnarlo en relación con sus concretos efectos en la indemnización por la extinción de los contratos, que libremente se pactaba. Contra lo que se afirma en nuestra Sentencia en el pasaje transcrito, sí creo que es exigible que quien considera que es objeto de una discriminación por razón de sexo al negociar una indemnización muy ventajosa en relación con los módulos legales, en primer lugar no la acepte; y si se le impone, cual puede considerarse aquí el caso, que impugne la resolución administrativa en que ello acaece.

Nuestra Sentencia, sin razonarlo en términos argumentalmente aceptables, sino más bien dándolo por sentado en términos casi apodícticos, establece de partida una conexión jurídica automática entre la Sentencia firme declaratoria de la discriminación salarial, y el derecho a impugnar por discriminatoria una indemnización, aprobada mucho tiempo antes por la resolución administrativa firme del expediente de regulación de empleo, por el hecho de que en su fijación se hubiese tomado como base el salario discriminatorio.

Para ello, al aludir a la Sentencia, se distorsiona en alguna medida lo que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia dice al respecto, enunciándolo por nuestra parte en términos de afirmada *"diferencia conceptual entre salario e indemnización"*, que no es exactamente lo que dice la Sentencia recurrida. En ella en el pasaje aludido, lo que se dice es que *"independientemente de la mentada conceptualización respecto del salario [la calificación de discriminatorio, aclaro] no es éste en sí mismo el objeto de la litis, sino que la pretensión tiene como finalidad variar en más y por vía indirecta el 'quantum' convenido..."*.

Es inequívoco el sentido de ese pasaje en la Sentencia recurrida, cuando diferencia entre la impugnación de unos salarios por discriminatorios y la pretensión de modificación de una indemnización pactada antes, a los efectos de poder establecer la eficacia de la Sentencia alusiva a los primeros en cuanto fundamento posible de la segunda de las pretensiones. Y considero una insuficiente respuesta de rechazo a ese planteamiento de la Sentencia impugnada, que estimo procesalmente impecable y riguroso, la que consiste en la mera afirmación apodíctica por nuestra parte de la relevancia negada en la Sentencia recurrida.

De lo que se trata en definitiva es de la determinación de cuáles sean los posibles efectos retroactivos del éxito de la reclamación por discriminación salarial por razón de sexo respecto de actos realizados con anterioridad a la Sentencia que la declara, y ajenos en sí al concreto proceso decidido en ésta. Nuestra Sentencia da por sentada la eficacia revisoria de actos anteriores, distintos del concre-

tamente impugnado, por el hecho de estar aquéllos afectados del mismo vicio constitucional que el impugnado. Es muy expresivo al respecto el fundamento jurídico 3, cuando después del pasaje que de él tomamos antes, sobre el rechazo “de la diferencia conceptual entre salario e indemnización”, afirma que “es discriminatoria una indemnización que se calcula sobre la base de un salario discriminatorio, puesto que, en definitiva, perpetuaría la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras”.

En términos de rigor jurídico no me resulta en modo alguno aceptable decir que se perpetúa la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras, cuando la relación laboral en que tal discriminación salarial, en su caso, se podría producir, se ha extinguido. Sin relación laboral no puede haber discriminación salarial, por lo que el elemento de perpetuación, aludido en nuestra Sentencia, carece de las más mínima base temporal de sustentación. El hecho discriminatorio se produjo, y se consumó, en el pasado, y jurídicamente no puede decirse que se perpetúe, referencia de futuro, por el hecho de que el pasado consumado no se revise.

Si pues, estamos ante un hecho discriminatorio del pasado, y volviendo al planteamiento anterior, la cuestión es la de la eventual eficacia revisoria de ese hecho pasado, consentido, por la Sentencia declaratoria de la discriminación salarial. Frente a la tesis de la Sentencia, mi criterio es que tal eficacia revisoria no es posible en un marco constitucional en el que opere el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y en el que la LOTC acota los efectos temporales de nuestras Sentencias respecto de hechos pasados. Si una Sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de una Ley no permite la revisión de procesos fenecidos por sentencia firme (salvo en el caso de procesos penales, o de procedimientos administrativos sancionadores), según dispone el art. 40 LOTC, y por supuesto tampoco es posible la impugnación tardía de actos vulneradores de derechos fundamentales, dada la caducidad del término de la acción de amparo, establecida en el art. 43.2 LOTC, no resulta adecuado a ese modelo constitucional y legal de límites temporales de las sentencias, el que la sentencia declaratoria de discriminación salarial por razón de sexo pueda operar como fundamento revisorio de actos, distintos del concretamente impugnado en el proceso en que se declara la discriminación, producidos más de un año antes y consentidos.

Esto es, en definitiva, lo que subyace en la argumentación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y en la concreta argumentación de la empresa recurrida, en el texto de su escrito, que antes se transcribió (vid apartado 2) que no ha merecido en nuestra Sentencia la respuesta precisa que fuera deseable.

No me resulta de recibo que, para eludir el óbice que

supone la falta de agotamiento de la vía previa en su momento [art. 44.1 a) LOTC] ante la eventualidad de una discriminación salarial operante en la indemnización, se intente recrear el hecho discriminatorio “por un procedimiento independiente, extemporáneamente y con olvido absoluto de su aquietamiento en el momento oportuno hacer varias en su favor lo libre y voluntariamente admitido anteriormente” (FJ 3 in fine de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia). Mi coincidencia con la argumentación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia en este punto es tan fuerte como mi discrepancia con la nuestra.

6. Me refería en otro lugar a la incorrecta interpretación en nuestra Sentencia de la cláusula 9 del Acuerdo colectivo sobre las indemnizaciones, interpretación con la que en aquélla se pretende desvirtuar la argumentación de las Sentencias recurridas sobre el valor liberatorio del finiquito firmado por las actoras, en cuanto óbice para la acción de reclamación de cantidad, que ejercitaron sobre la base de la discriminación salarial. Sobre el particular se dice en la Sentencia (FJ 4) lo siguiente:

“Como se refleja en los antecedentes, cuando se firmó el acuerdo de extinción colectiva de relaciones de trabajo, que determinaría las indemnizaciones posteriormente impugnadas por las actoras, aún estaba pendiente de resolución el conflicto colectivo relativo al carácter discriminatorio de los salarios percibidos por éstas. En tal contexto la cláusula 9 del acuerdo estableció que, ‘con independencia de la firma de su correspondiente recibo de saldo y finiquito’, si algún trabajador tuviera algún litigio o reclamación judicial pendiente con la empresa, y la resolución que recayera le resultase favorable, la empresa habría de abonar el importe correspondiente. Así pues el valor liberatorio de los recibos de saldo y finiquito firmados por las actoras puede interpretarse razonablemente a la luz de la salvedad contenida en la citada cláusula 9 del acuerdo extintivo, que precisamente preveía la adecuación de las cantidades allí pactadas (y posteriormente aceptadas por las actoras) a las consecuencias de lo judicialmente decidido en los procesos pendientes, por lo que carece del carácter indubitado y terminante que cabe exigir a la renuncia de los derechos fundamentales”.

Creo que la referencia en nuestra Sentencia a la cláusula 9 citada no es correcta, y precisamente su inexactitud de partida explica el error interpretativo en que, a mi juicio, incurre el texto transcrito. Al respecto bueno es contrastar la referencia de la cláusula con su tenor literal, tal y como resulta en la declaración de hechos probados de las Sentencias recurridas, dato de hecho que nos vincula, dado lo dispuesto en el art. 44.1 b) inciso final LOTC.

Dicho tenor literal es el siguiente:

“En el supuesto de que alguno de los trabajadores afectados por la presente extinción de los contratos, tuviera en la fecha de causar baja en la Compañía y con independencia de la firma de su correspondiente recibo de saldo y finiquito, algún litigio o recla-

mación judicial pendiente de Sentencia firme con AVON COSMETICOS S.A. y ésta le resultan [sic] favorable a sus pretensiones, la empresa le abonará el importe de tal Sentencia en el momento de producirse ésta”.

Adviértase la muy precisa concreción de la cláusula en cuanto a los litigios pendientes. No se trata, como decimos en nuestra Sentencia, de *“algún litigio o reclamación pendiente con la empresa”* (referencia que, por lo demás, sería de por sí bastante concreta, y no apta, a mi juicio, para asentar en ella la interpretación de dicha cláusula que damos en la Sentencia) sino de litigios pendientes *“el día de la fecha de causar baja en la Compañía”* y de *“litigio o reclamación judicial pendiente de Sentencia firme en ese día”*.

Al propio tiempo el compromiso de abonar cantidades afectadas por la reserva alude al *“importe de tal Sentencia”*; esto es la resolución del litigio a la sazón pendiente, y no otra.

A la vista de ese texto, y en radical discrepancia con la interpretación que le da a la cláusula nuestra Sentencia, no me parece aceptable la afirmación, transcrita de ella, de que *“el valor liberatorio de los recibos de saldo y finiquito firmados por las actoras puede interpretarse razonablemente a la luz de la salvedad contenida en la citada cláusula 9 del acuerdo extintivo, que precisamente preveía la adecuación de las cantidades allí pactadas (y posteriormente aceptadas por las actoras) a las consecuencias de lo judicialmente decidido en los procesos pendientes”*.

Salvar de unos finiquitos, a suscribir tras el percibo de la indemnización pactada, los concretos litigios pendientes de Sentencia firme en la fecha de su firma, es algo conceptualmente distinto de la *“adecuación de las cantidades allí pactada (y posteriormente aceptadas por las actoras) a las consecuencias de lo judicialmente decidido en los procesos pendientes”*. La interpretación de la cláusula en este sentido no me parece ajustada a sus términos literales y sentido lógico, y creo que en realidad lo que supone es desvirtuar la funcionalidad misma del finiquito. Una cosa es salvar de la eficacia liberatoria del finiquito unos concretos litigios a la sazón pendientes, y otra muy diferente que, a partir de la solución de los litigios pendientes, pudieran plantearse otros futuros, para adecuar al resultado de ellos la cuantía de las indemnizaciones pactadas respecto de las que se firmaba el finiquito.

Me parece que la interpretación de la cláusula referida contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia es mucho más razonable que la de la nuestra, y que la argumentación de ésta, de la que disiento, carece de eficacia convictiva para desvirtuar la de aquélla. Y de nuevo echo en falta en nuestra Sentencia que en la sumaria explicación sobre el sentido de la cláusula, que es clave de la razonabilidad de la fundamentación de las Sentencias recurridas, no tengan el más mínimo reflejo

las extensas argumentaciones de la parte demandada sobre el particular.

Podría justificarse que, al tratarse de cuestiones de legalidad ordinaria, este Tribunal eludiese entrar en ellas, respetando lo decidido al respecto por los órganos de la jurisdicción ordinaria; pero lo que no puedo compartir es que, pronunciados éstos sobre el particular, abordemos por nuestra parte la cuestión, para descalificar en cuanto a ella la solución de esos órganos, y ello además, prescindiendo por completo de las alegaciones de una de las partes, la que deberá soportar el coste del éxito de la tesis de la parte contraria, y a la que por nuestra Sentencia se le priva del resultado favorable que en el tratamiento de la misma cuestión obtuvo ante la jurisdicción ordinaria.

7. Por todo lo expuesto considero que las Sentencias recurridas resolvieron el litigio *inter privatos* que se les sometió con impecable rigor jurídico, y sin lesión alguna del derecho constitucional de no discriminación de los recurrentes, y que los razonamientos de nuestra Sentencia no desvirtúan los más acertados de las recurridas, por lo que el recurso de amparo debió ser desestimado.

En este sentido evacúo mi Voto.

Madrid, a diez de julio de dos mil.

COMENTARIO A LA STC 183/2000, DE 10 DE JULIO

Ninguna de las sentencias del Tribunal Constitucional analizadas hasta el presente número en la revista “Artículo 14” viene referida a la discriminación salarial por razón de sexo. La resolución que ahora comentamos es, pues, la primera que aborda esta cuestión. Por este motivo, resulta oportuno exponer, de manera resumida, la doctrina que al respecto ha ido elaborando el Alto Tribunal, haciendo especial hincapié en aquello que deriva de la sentencia arriba reproducida y de la STC 183/1998, a la que se encuentra íntimamente conectada. Estas dos resoluciones tienen su origen en un mismo supuesto de hecho: el personal femenino de una empresa impugna la indemnización por despido recibida con el argumento de que su cómputo se basa en unos salarios que son discriminatorios por razón de sexo. Efectivamente, como quedó judicialmente establecido, las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados, pese a realizar un trabajo de igual valor que el de los trabajadores de dicha sección, recibían una cantidad inferior por complemento de personal. Esta discriminación en el trato quedaba encubierta con el encuadramiento de mujeres y hombres en distintas categorías laborales. La cuestión de fondo planteada recibe respuesta clara en la doctrina establecida al respecto por el TC, que afirma que “Resulta claro que en una materia como la discriminación en las condiciones de trabajo –en una correcta interpreta-

JURISPRUDENCIA • TC •

ción conjunta de los arts. 14 y 35.2 C.E.- es el trabajo mismo y no su denominación, el factor esencial para la comparación a efectos de no discriminación por sexo en materia salarial, siendo la categoría profesional un elemento secundario cuando se constata esta esencial identidad en la prestación laboral de los trabajadores afectados y de aquellos con quienes se comparan." (STC 145/1991, f.j. 3). La identidad de la prestación laboral se verifica incluso en aquellos supuestos en los que, no siendo los trabajos estrictamente iguales, tienen el mismo valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación (SSTC 145/1991, f.j. 4; 58/1994, f.j. 2, entre otras).

Sin embargo, las dos sentencias citadas al comienzo de este comentario plantean sobre este supuesto otro tipo de cuestiones. Se trata en ellas de determinar si el trato discriminatorio observado en material salarial se transmite a una eventual indemnización por despido, computada sobre la base de dicho salario. Igualmente, se obtiene de ellas el requisito de carácter procesal que hace posible la impugnación, por dicho motivo, de la indemnización así calculada.

Respecto del primero de los aspectos, la STC 183/1998 admite que "una indemnización calculada sobre un salario que incurre en discriminación por motivo de sexo es igualmente discriminatoria." (f.j. 4), estableciendo así una doctrina que es continuada por la STC 183/2000 (f.j.3). Sin embargo, en los casos analizados, el problema se centra en otro tipo de cuestiones, de orden procesal. Al respecto, se pueden establecer las siguientes conclusiones:

La impugnación por discriminatoria ante el TC de una indemnización por despido, fundada sobre el carácter contrario al art. 14 CE del salario que sirve de base a su cómputo, exige el previo pronunciamiento de los tribunales ordinarios sobre este último punto. Por este motivo, el TC deniega el amparo a las actoras en el recurso que da lugar a la STC 183/1998, en la medida en que "la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo impide que este Tribunal se pronuncie sobre algo sobre lo que no pudieron pronunciarse los Tribunales laborales, lo que fue debi-

do a la propia inactividad de las demandantes de amparo, quienes no dieron la oportunidad a los órganos jurisdiccionales del orden social para que decidieran sobre el carácter discriminatorio del salario y del llamado <<complemento personal Avon>> percibido por las solicitantes de amparo." (F.j. 4).

Sobre el efecto de la firma del acuerdo de extinción colectiva que determina las indemnizaciones, el TC, sin querer pronunciarse sobre el carácter irrenunciable del derecho a la igualdad, afirma, siguiendo doctrina del TEDH, que, en todo caso, "la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podría legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana." (STC 183/2000, f.j. 4). Considera el Alto Tribunal suficiente para no apreciar dichos rasgos, la inclusión de una cláusula en el Acuerdo mencionado por la que se salvan los efectos que se puedan deducir de las resoluciones judiciales que pongan fin a litigios pendientes con la empresa, siempre que en el momento de la firma del acuerdo ya estuviera planteada demanda por razón del carácter discriminatorio de los salarios.

El reconocimiento del carácter discriminatorio de las indemnizaciones no exige recurrir la resolución administrativa por la que se autorizan las extinciones contractuales, si en el momento en que ésta se dicta no exista aún pronunciamiento judicial sobre el carácter discriminatorio del complemento que da lugar al recurso. Afirmada por los tribunales ordinarios la naturaleza discriminatoria del salario, y si ha transcurrido el plazo previsto legalmente para impugnar la resolución administrativa, Basta con formular una pretensión en un procedimiento sobre reclamación de cantidad ante la jurisdicción social y agotar la vía judicial, para poder acceder en amparo al TC.

El cumplimiento de estos requisitos permite, pues, sostener ante los órganos correspondientes el carácter discriminatorio del cómputo de una indemnización basada en un salario contrario al art. 14 CE. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 203/2000 DE 24 DE JULIO DE 2000. DENEGACIÓN DE EXCEDENCIA A FUNCIONARIA INTERINA PARA EL CUIDADO DE SU HIJO.

TEXTO DE LA SENTENCIA⁴⁰

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pedro Cruz Villalón, Presidente, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano, don Fernando Garrido Falla y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2947/97 interpuesto por doña María Pilar Martínez Guirado, representada por el Procurador de los Tribunales don Luis Carreras Egaña, y asistida por el Abogado don Javier López y García de la Serrana, contra la Resolución del Servicio Andaluz de Salud, de 2 de diciembre de 1996, y contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 20 de mayo de 1997. Han sido partes, además del Ministerio Fiscal, el Servicio Andaluz de Salud, representado por el Letrado de sus servicios jurídicos don Juan Carreras Egaña. Ha sido Ponente la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala. (...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo trae causa de la Resolución del Director Gerente del Hospital General Básico de Baza (Granada), notificada el 2 de diciembre de 1996, que dejó sin efecto su anterior Resolución de 8 de noviembre del mismo año, que había concedido a la demandante la situación de excedencia para el cuidado de hijos (conforme al art. 29.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificado por la Ley 4/1995, de 23 de marzo), al haberse advertido error en aquella concesión inicial por no ser la demandante personal fijo de plantilla.

La demanda de amparo argumenta que la denegación por

el SAS de la excedencia para el cuidado de hijos, por tal causa, conculca el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación que garantiza el art. 14 de la Constitución, en una doble vertiente: en primer lugar, desde una perspectiva genérica en relación con el personal fijo de plantilla; denuncia, además, la recurrente, ya en un plano específico, haber sufrido un trato diverso respecto del deparado con anterioridad por el SAS a otras facultativas interinas. Finalmente, reprocha a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 20 de mayo de 1997, que estimó el recurso de duplicación formulado por el SAS frente a la Sentencia de instancia, estimatoria de la pretensión de la demandante, no haber reparado las vulneraciones invocadas del art. 14 CE.

Por su parte, el Ministerio Fiscal plantea, en primer término, la pérdida sobrevenida del objeto del presente recurso de amparo, al haberse satisfecho la pretensión por vía procesal distinta, pues la recurrente, en virtud de la ejecución provisional de la Sentencia de instancia favorable a su demanda, habría disfrutado de la excedencia para el cuidado de hijos pedida por un plazo superior al inicialmente solicitado. En cuanto al fondo del asunto controvertido, el Ministerio Fiscal estima que no se ha producido la denunciada vulneración del art. 14 CE, pues la Sala de la Social habría llegado a la conclusión de que la finalidad objetiva del contrato de interinidad impide a los funcionarios interinos el disfrute de la excedencia, interpretación que en modo alguno se basa en la asunción de criterios personales o sociales de la parte o de ningún otro de discriminación proscritos por el art. 14 CE.

El SAS, que comparece en este proceso como parte, coincide con el Ministerio Fiscal en entender que, en el presente supuesto, ni la Resolución del Director Gerente del Hospital de Baza, ni la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ambas impugnadas, han vulnerado el art. 14 CE, pues tanto una como otra habrían realizado una interpretación del art. 29.4 de la Ley 30/1984 de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que, desde la STC 7/1984, viene sosteniendo que la desigualdad que pueda existir entre estructuras que son creación del Derecho no resulta lesiva de la Constitución. Así, el

⁴⁰. El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito, y no tiene carácter auténtico.

legislador, en ejercicio de su facultad libre configuración de las distintas categorías de funcionarios en base a criterios objetivos y generales, como son las múltiples diferencias legales entre ambos colectivos, ha decidido limitar la concesión de la excedencia para el cuidado de hijos a los funcionarios de carrera, excluyendo aquellos otros que tienen una vinculación temporal. Niega, por último, el SAS que haya existido lesión del principio de igualdad desde una perspectiva específica por desigualdad de trato en relación con un supuesto sustancialmente igual, pues el Tribunal Constitucional ha establecido de forma reiterada que no hay derecho a la igualdad en la ilegalidad.

2. Antes de abordar el fondo de la cuestión planteada, procede examinar la alegación del Ministerio Fiscal relativa a la pérdida de objeto del presente proceso constitucional, toda vez que la recurrente habría obtenido ya la satisfacción de la pretensión formulada en su demanda de amparo por vía procesal distinta, en concreto a través de la ejecución provisional de la Sentencia de instancia estimatoria de su demanda, al haber ya disfrutado de la excedencia para el cuidado de hijo por un período de tiempo superior al solicitado (desde la Resolución de ejecución de 13 de marzo de 1997 y hasta el 15 de enero de 1998, fecha en que se le requirió por el SAS su incorporación al trabajo). La demandante, sin embargo, insiste, en su escrito de alegaciones, en la finalidad del presente recurso de amparo que, a su juicio, no habría desaparecido pese al disfrute de un determinado período de tiempo de excedencia de los tres años de duración máxima legalmente prevista, ya que, habiéndosele concedido inicialmente la excedencia solicitada por el período máximo legal, quedaría por dilucidar el derecho a disfrutar del año y medio que le restaría de excedencia sin derecho a reserva de plaza que, en su opinión, constituye también el objeto del presente recurso, considerando que la negativa del SAS ha vulnerado el principio de igualdad, causándole discriminación.

Es cierto que, según doctrina de este Tribunal, la satisfacción extraprocesal de la pretensión, pese a no estar expresamente prevista en la LOTC, es uno de los supuestos de terminación del proceso de amparo, aplicando así este Tribunal a los procesos de amparo, por vía de analogía, lo dispuesto por el actual art. 76 LJCA, tanto en casos en que la invocada lesión de los derechos constitucionales arranca de un acto de la Administración pública, como también en aquellas otras ocasiones en que las eventuales lesiones de los derechos fundamentales traen su origen directo e inmediato de decisiones de los órganos del Poder Judicial (SSTC 32/1982, de 7 de junio; 40/1982, de 30 de junio; 151/1990, de 4 de octubre; 139/1992, de 13 de octubre; 57/1993, de 15 de febrero; 220/1994, de 18 de julio; y 69/1997, de 8 de abril; AATC 43/1985, de 23 de enero; 281/1995, de 23 de octubre; 349/1985, de 23 de mayo; 61/1988, de 20 de enero; 256/1992, de 14 de septiembre;

31/1994, de 31 de enero; 304/1994, de 14 de noviembre; 281/1995, de 23 de octubre).

Sin embargo, en el presente caso, sin perjuicio de recordar, como dijimos en la STC 191/1999, de 25 de octubre, FJ 2, que “la mención a una satisfacción extraprocesal de la pretensión ... resulta improcedente ... porque difícilmente permite el lenguaje calificar como ‘extraprocesal’ la ejecución de una sentencia”, hemos de rechazar la objeción opuesta por el Ministerio Fiscal y alcanzar la conclusión de que el proceso no se ha extinguido por carencia sobrevinida de objeto.

En efecto, de las actuaciones se deduce que la recurrente interpuso demanda sobre tutela de derechos fundamentales frente a la resolución del SAS que con fundamento en su situación de interinidad le había denegado la excedencia para el cuidado de hijos menores, invocando la vulneración de su derecho a no sufrir discriminaciones vedadas por el art. 14 CE y solicitando la nulidad radical de la Resolución administrativa impugnada, así como que se declarara su derecho a la excedencia por cuidado de hijos. La pretensión de amparo se dirige, pues, directamente a obtener un pronunciamiento declarativo del derecho de quien la formula a disfrutar de la referida excedencia sin sufrir discriminación alguna contraria al principio de igualdad garantizado por el art. 14 CE, así como de la nulidad de la Resolución administrativa y de la Sentencia impugnadas, por ser éstas, a su juicio, contrarias al referido derecho fundamental.

Dicha pretensión no puede, por tanto, entenderse satisfecha porque la demandante haya disfrutado de un período de excedencia superior al inicialmente solicitado, ya que las resoluciones recurridas mantienen sus efectos. Subsiste, consiguientemente, el objeto del presente proceso, cuya dimensión constitucional estriba precisamente en dilucidar si la actora de la excedencia para el cuidado de hijos concluyó su derecho a la igualdad garantizado por el art. 14 CE.

Completando lo dicho, conviene añadir, recordando la doctrina sentada ya desde la primera decisión constitucional, que el recurso de amparo, si bien tiene como finalidad esencial la protección constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas a que alude el art. 53.2 CE, también responde al designio de defensa objetiva de la Constitución, “sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular” (STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 2). La relevancia constitucional que la presente queja pone de manifiesto desborda, ciertamente, el ámbito subjetivo del recurso de amparo, lo que permite a este Tribunal analizar y decidir sobre la existencia de la lesión en que tal queja se fundamenta (STC 69/1997, de 8 de abril, FJ 4) para atender así a la dimensión objetiva del recurso de amparo repetidamente subrayada, como acabamos de señalar, por la doctrina

JURISPRUDENCIA · TC ·

constitucional (SSTC 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 1; 129/1989, de 17 de julio, FJ 3; 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 5, entre otras).

Ahora bien, cosa distinta es que, en el caso de que apreciemos la lesión del derecho fundamental, los pronunciamientos de nuestro eventual fallo estimatorio (art. 55 LOTC), atendiendo a esta circunstancia e incluso a otras atinentes a la propia configuración legal del referido derecho a la excedencia por cuidado de hijos como derecho cuyo disfrute se concede en los tres años siguientes al nacimiento del hijo, hayan de limitarse a declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas y el reconocimiento a la recurrente del derecho constitucional invocado.

3. Procede, por tanto, abordar el fondo del presente recurso de amparo, dirigido, en primer lugar, a determinar si la denegación de la solicitud de la recurrente de acogerse al régimen de excedencia para el cuidado de hijos contemplado en el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (modificado por la Ley 4/1995, de 23 de marzo) por ser personal facultativo interino ha conculcado su derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación que garantiza el art. 14 de la Constitución.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la recurrente, facultativa interina desde el 8 de abril de 1991 en el Hospital General Básico de Baza (Granada), solicitó con fecha de 7 de octubre de 1996 excedencia para el cuidado de hijos menores de tres años, que le fue concedida por Resolución del Director Gerente del mencionado Hospital de 8 de noviembre de 1996, al amparo del citado art. 29.4 de la Ley 30/1984. Posteriormente, y mediante nueva Resolución del Director Gerente de 29 de noviembre de 1996, notificada el 2 de diciembre de 1996, se dejó sin efecto la anterior Resolución, al haberse advertido error en la concesión a la recurrente de la referida excedencia, al no ser personal fijo de plantilla. Formulada demanda sobre tutela de derechos fundamentales por vulneración del art. 14 CE, fue estimada por la Sentencia de instancia. Finalmente, la Sentencia de instancia sería revocada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 20 de mayo de 1997. La Sala de lo Social atendió, para confirmar la resolución administrativa y concluir que la denegación de la referida excedencia no conculcaba el art. 14 CE, a la razón objetiva de la finalidad de la interinidad, que es la suplencia temporal de una plaza evitando las disfunciones que el servicio público sufriría de acaecer tal vacío servicial, en los términos que han quedado reproducidos en el antecedente 2 f) de esta Sentencia.

El supuesto que se somete en nuestro enjuiciamiento es, pues, próximo al resuelto por nuestra reciente STC 240/1999, de 20 de diciembre, en el que la actora, funcio-

naria interina, impugnaba asimismo una resolución administrativa denegatoria de la excedencia para el cuidado de hijos, así como la resolución judicial que la confirmó; resoluciones que igualmente fundaban tal denegación en la propia razón de ser de la situación de interinidad obstativa de toda suspensión de la relación funcional, que únicamente sería de aplicación a las relaciones de carácter permanente, como sucede en el caso de los funcionarios de carrera. Pues bien, consideramos en dicha Sentencia que la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera, en relación con el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos, resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE. Ciertamente este Tribunal, desde la STC 7/1984, de 18 de enero, invocada por el SAS en su escrito de alegaciones, ha admitido que los diversos cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones públicas son estructuras creadas por el Derecho, entre las que, en principio, no puede exigirse *ex art. 14 CE* un absoluto tratamiento igualitario, resultando así admisible, desde la perspectiva de este precepto constitucional, que el legislador reconozca el disfrute de determinados derechos al personal vinculado a la Administración de forma estable, y, en cambio, lo niegue a las personas que por motivos de urgencia y necesidad lo desempeñen de forma provisional en tanto no se provean las plazas así cubiertas por funcionarios de carrera. El interés público de la prestación urgente del servicio puede, en hipótesis, justificar un trato diferenciado entre el personal estable e interino al servicio de la Administración.

Sin embargo, como hemos declarado en la citada STC 240/1999, "esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración". Dicho con otras palabras, proseguíamos, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario inte-

rino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional "en tanto no se provea por funcionarios de carrera" (FJ 4). Con ello no se trata de afirmar, concluíamos, "que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual" (*ibidem*).

4. La excedencia para el cuidado de los hijos menores además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad (art. 39.3 CE), constituye, en efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 CE).

La trascendencia constitucional del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos menores, desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar, cobra, además, en la actualidad un especial relieve, que no puede ser ignorado. Así, la protección de la familia que la Constitución exige asegurar a los poderes públicos ha llevado al legislador, atendiendo a las nuevas relaciones sociales surgidas como consecuencia de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, a dictar recientemente la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con fundamento en los arts. 39.1 y 9.2 de la Constitución, y en objetivos expresados en el ámbito internacional y europeo (concretamente, en el ámbito comunitario, en la Directiva del Consejo 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES).

Los órganos judiciales no pueden, por tanto, ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. Como señalamos

en nuestra STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad acentúa la falta de justificación y razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril.

5. En el presente caso, de acuerdo con la doctrina constitucional transcrita y acreditado el dato de que la recurrente, personal estatutario del SAS, equiparado a estos efectos a los funcionarios públicos, también se encontraba vinculada con la Administración en situación de interinidad por más de cinco años cuando solicitó la excedencia para el cuidado de hijos, hemos de estimar su pretensión, pues no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con trascendencia 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. 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.

Las anteriores conclusiones conducen derechamente a la estimación del amparo solicitado y a la anulación de la resolución administrativa y de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía recurridas al haber lesionado el art. 14 CE, con la consiguiente firmeza de la Sentencia de instancia.

6. Con independencia de lo anterior, no puede dejar de tenerse en cuenta que la realidad social subyacente a la cuestión debatida y a su trascendencia constitucional muestra, en palabras de la referida STC 240/1999, que "el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en situación de interinidad", pues "hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos" (FJ 5), por lo que "en la práctica, la denegación de las soli-

citudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a la mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, FJ 2) (FJ 7). De ahí que la STC 240/1999 declarase que las resoluciones denegatorias de la excedencia para el cuidado de hijo vulneraban el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo.

Ciertamente, la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre; 198/1996, de 3 de diciembre). Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de las trabajadoras (por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de junio de 1992, asunto *Bötel*, o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez*).

Por lo demás, conviene recordar que, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones en relación con las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)" (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6); y que "existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él" (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10).

7. Finalmente, y por el contrario, no puede tener favorable

acogida el segundo motivo impugnatorio por lesión del art. 14 CE, articulado también por la demanda de amparo frente a la resolución administrativa y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia impugnadas, pues no puede apreciarse discriminación en relación con el supuesto trato diverso dado por la Administración en otros casos anteriores, denunciado por la recurrente de amparo. En el sentido ya indicado por el Ministerio Fiscal, hemos de recordar que de forma reiterada ha afirmado este Tribunal que, sin necesidad de determinar si lo que la recurrente identifica como precedentes lo fueron en realidad, es claro que la doctrina del precedente administrativo —esto es la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos— no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el Tribunal competente, pues la igualdad que la Constitución garantiza es la igualdad ante la Ley (SSTC 50/1986, de 23 de abril; 175/1987, de 4 de noviembre; 167/1995, de 20 de noviembre; 14/1999, de 22 de febrero).

FALLO

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

Otorgar el amparo solicitado por doña María Pilar Martínez Guirado y, en su virtud:

- 1º Reconocer el derecho de la recurrente a la igualdad de trato (art. 14 CE).
- 2º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 20 de mayo de 1997, recaída en el recurso de suplicación núm. 1064/97.

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

Dada en Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil.

[NOTA DE LA REDACCIÓN: La doctrina contenida en esta Sentencia aparece comentada en el núm. 4 de la Revista (págs. 23 y sigs.), con ocasión de la STC 240/1999, de 20 de diciembre]

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE MARZO DE 2000. ABSOLUCIÓN POR DELITO DE VIOLACIÓN CON ABUSO DE ENAJENACIÓN DE LA VÍCTIMA.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS DE 3 DE MARZO DE 2000. SALA DE LO PENAL.
PONENTE: D. ADOLFO PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La acusación particular formaliza dos motivos de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 1998 que absuelve al acusado del delito de violación de que venía acusado por aquélla. El Ministerio Fiscal que interesó su libre absolución en la instancia se opone a la estimación del recurso.

SEGUNDO.-El motivo segundo -que se examina en primer lugar por dirigirse a la modificación del hecho probado, condicionando el éxito del motivo primero por indebida inaplicación de la Ley Penal Sustantiva-, se formaliza al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denunciando haber incurrido el Tribunal en error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

1. Para ello invoca la recurrente los tres dictámenes periciales practicados sobre el desarrollo mental de la supuesta víctima del delito imputado, de cuyos resultados la Sentencia vendría a apartarse incurriendo en el error valorativo que se censura.

2. Debe recordarse con carácter previo que el cauce casacional utilizado no justifica una nueva valoración del resultado de las pruebas contradictorias practicadas, porque está condicionado al cumplimiento de ciertas exigencias reiteradamente señaladas por la doctrina de esta Sala (Sentencias de 13 de noviembre de 1997; 27 y 31 de julio de 1998 y 10 de junio de 1999; a saber: que la prueba demostrativa del error sea documental y no de otra clase. Es decir, que se evidencie un error fáctico en el hecho probado por una verdadera prueba documental -no prueba personal por más que está documentada en autos- con propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, no necesitado de la adición de otras pruebas ni de tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, y no contradicho por ningún otro elemento de prueba, debiendo ser el dato contradictorio acreditado relevante por su virtualidad para modificar algún pronunciamiento del fallo.

La prueba pericial es de naturaleza personal, puesto que está integrada por la opinión o dictamen de una persona, y es además indirecta en cuanto proporciona conocimien-

tos técnicos para valorar hechos controvertidos pero no directo conocimiento sobre cómo ocurrieron los hechos. Por lo tanto la pericia no constituye documento a los efectos del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo una prueba que ha de valorarse por el Tribunal Sentenciador «según su conciencia» (art. 741 LECrim). Excepcionalmente se admite por la doctrina de esta Sala (Sentencia de 11 de noviembre de 1996, entre otras), la virtualidad de la pericia para fundar la modificación de «factum» de la Sentencia por la vía del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en dos casos: A) cuando existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal lo acoja como base única de los hechos declarados probados pero incorporando el dictamen a éstos de modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere gravemente su sentido originario. B) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes sin concurso de otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. En ambos supuestos se acredita el error del Tribunal: en el primero porque asumiendo el informe lo incorpora desvirtuando su contenido; y en el segundo porque nos encontramos ante un razonamiento disconforme con las reglas de la lógica, la experiencia o los criterios firmes del conocimiento científico.

3. En el caso actual no estamos ante un solo dictamen pericial. Se practicaron tres y sus resultados son parcialmente divergentes. En efecto, la coincidencia de los peritajes se limita a que la explorada sufre un retraso mental leve e inmadurez en el área afectiva. Discrepan en cambio los peritos respecto a la edad mental que fijan en 9-10 años, 15-18 y 7-8 años. La Sentencia no dice nada contrario a lo que los peritos afirman de manera coincidente puesto que declara probado el retraso mental leve, que afecta sobre todo al área afectiva de la persona mostrando más inmadurez en este aspecto. En aquello en que discrepan el Tribunal hace un ponderado examen de los distintos dictámenes llegando a la conclusión razonada de que la capacidad intelectual es entre normal y baja con un coeficiente intelectual de 80 a 89. Tal afirmación objetiva no se evidencia como errónea porque es el resultado de una valoración razonable de las pruebas contradictorias practicadas sobre este extremo, en la que se otorga mayor fiabilidad al peritaje emitido por la psicóloga de la Clínica

JURISPRUDENCIA • TS •

Médico-Forense frente a los otros peritajes. Se trata pues, de una cuestión de valoración de pruebas distintas y no de un error evidenciado por prueba documental en el sentido exigido en el cauce casacional que se utiliza.

El motivo segundo por lo expuesto debe ser desestimado.

TERCERO.-El motivo primero plantea por el cauce del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la indebida inaplicación del artículo 429.2º del Código Penal derogado o del artículo 182.2º (sic) del Código Penal vigente.

1. Con independencia de que este último precepto no contiene sino subtipos agravados sin autonomía propia, cuya aplicación exige referirse a alguna de las modalidades típicas de abusos sexuales previstos en el artículo 181, debe significarse que su retroactiva aplicación a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 como en este caso sucede -los hechos sucedieron en fechas no determinadas de 1993- sólo cabe cuando resulte el nuevo texto legal más beneficioso que el entonces vigente Código Penal de 1973 (Disposición Transitoria Primera).

2. El tipo penal imputado al acusado es el de violación previsto en el artículo 429.2º del Código Penal del anterior Código Penal, es decir el caracterizado por hallarse la víctima «privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación». Tratándose de personas con limitaciones o alteraciones mentales este tipo penal es de aplicación cuando la víctima por razón de su estado patológico, transitorio o no, carece de la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de la autodeterminación sexual. Como dice la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1994, reiterando la doctrina de las Sentencias de 5 de febrero de 1982, 20 de diciembre de 1983 y 20 de diciembre de 1985, no se trata de una ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de sus facultades intelectuales y volitivas, en grado o intensidad suficiente para desconocer y desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen a impulsos sexuales trascendentes aunque las tenga en otros aspectos relacionados con la vida doméstica o laboral. En igual sentido la Sentencia de 9 de abril de 1999.

3. Por otra parte en el retraso o deficiencia mental se diferencian grados distintos, de los que se hace eco la Organización Mundial de la Salud al distinguir la subnormalidad mental ligera (cociente intelectual entre 50 y 70), moderada (entre 35 y 50), severa (de 20 a 35), y profunda (inferior al 20%). Por encima del 70% se sitúan inmediatamente los «borderline», es decir las personas cuyo coeficiente intelectual se encuentra en la frontera de la normalidad, tratándose en general -como dice la Sentencia de 12 de marzo de 1999- de individuos que adolecen de un cier-

to y relativo retraso frecuentemente no más severo que la torpeza mental pero de los que no puede predicarse como norma un déficit de inteligencia que les impida conocer y valorar sus actos y las repercusiones y consecuencias de éstos.

4. Esta Sala ha excluido la aplicación del artículo 429.2º del Código Penal de 1973 en los supuestos de deficiencia mental leve o moderada, también denominada debilidad mental (Sentencias de 30 de mayo de 1987; 13 de abril y 10 de diciembre de 1992; 1 de febrero, 18 de marzo y 29 de abril de 1993; 28 de marzo de 1994 y 17 de febrero de 1995), entendiéndose que en tales casos no se anula la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo. Asimismo la Sentencia de 9 de abril de 1999 rechaza el trastorno mental a los efectos del artículo 181.2.2º del Código Penal de 1995 en un supuesto de coeficiente intelectual del 69% en el límite de la torpeza mental, y la de 14 de julio de 1997 hace lo propio en un supuesto «borderline» con coeficiente del 84%, admitiéndose en tales casos la capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual. Por igual razón debe rechazarse en el caso presente, ya que la víctima tiene según el relato de hechos probados un coeficiente intelectual de 80 a 89%. Se sitúa pues, por encima de los límites de la deficiencia leve, dentro de la simple torpeza mental, insuficiente para apreciar la exigencia del tipo del artículo 429.2º del Código Penal relativa al abuso de la «enajenación» del sujeto pasivo.

5. Cuestión distinta es que esa limitación ligera de su capacidad mental restrinja o coarte en el sujeto la formación de una voluntad absoluta o enteramente libre como pueda hacerlo quien está en la plena normalidad mental. En tal sentido existe una situación objetiva de superioridad del sujeto activo respecto al torpe mental a la hora de convenir entre ambos una relación sexual consentida; superioridad que si se aprovecha conscientemente por el sujeto para el logro de sus propósitos puede originar el estupro de prevalimiento del artículo 434 del Código Penal de 1973 o del artículo 181.3º del Código Penal de 1995. Sin embargo en el caso del artículo 434, vigente al ocurrir estos hechos, era exigencia del tipo que se tratara de menor de dieciocho años lo que no se cumple en el caso presente al tenerlos la víctima ya cumplidos en 1993, en que los hechos sucedieron.

6. Por lo tanto no integrando infracción penal alguna los hechos declarados probados según el Código Penal de 1973, vigente entonces, resulta ocioso plantearse su posible subsunción en los tipos penales del Código de 1995, porque su retroactiva aplicación nunca sería en tal caso beneficiosa para el acusado.

Por lo expuesto el motivo primero debe desestimarse.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE MARZO DE 2000.

JURISPRUDENCIA • TS •

La sentencia que arriba reproducimos trata de responder a la cuestión de si en el supuesto de hecho se reúnen los requisitos exigidos para poder aplicar el art. 429.2 del Código Penal anterior o el art. 182.2 del vigente.

El supuesto consiste en el mantenimiento de relaciones sexuales de un hombre de aproximadamente sesenta y dos años, con una joven de diecinueve, vecina del anterior y deficiente mental, quien solía pasar a casa de aquél, dada la relación de amistad que unía a las familias. La deficiencia mental que posee ella es calificada pericialmente como ligera, de tal forma que su capacidad intelectual se considera entre normal y baja, con un coeficiente de inteligencia de 80 a 90, lo que afecta principalmente a su área afectiva, en la que muestra más inmadurez.

En este caso, el TS comienza dejando claro una exigencia derivada del propio art. 9.3 de la Constitución: las disposiciones del nuevo Código Penal no pueden ser aplicadas a la persona juzgada, en la medida en que ello suponga un perjuicio para la misma en relación con el régimen previsto en el Código Penal anterior, que era el vigente en el momento de acaecer los hechos. Como establece el mencionado precepto constitucional, la Norma Fundamental garantiza "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales". Habiéndosele imputado al acusado el delito de violación del art. 429.2 del CP de 1973, era exigible que la víctima se encontrase "privada de sentido" o que se "abusare de su enajenación". La argumentación del Tribunal se centra, entonces, en la determinación del modo en que la minusvalía arriba indicada repercute en la víctima a la hora de formar su voluntad acerca del mantenimiento de las citadas relaciones.

De este modo, con cita de jurisprudencia anterior, exige el TS que la víctima carezca "de la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual,

sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de la autodeterminación sexual" (fundamento de derecho tercero). Concluye el Tribunal, en este sentido, que la deficiencia mental leve o moderada no anula la capacidad de autodeterminación sexual de la persona, lo que impide la aplicación del artículo antes mencionado.

Esta doctrina, en sí misma considerada, no ofrece respuesta a los supuestos en los que el acusado se prevalece de la condición de la víctima para conseguir mantener relaciones sexuales con ésta. Por este motivo, el Tribunal, consciente de ello, viene a decir que lo anteriormente afirmado no impide que se pueda concluir la situación de superioridad del acusado a la hora de convenir entre ambos una relación sexual consentida, lo que, caso de ser aprovechado conscientemente para el logro de sus propósitos, podría dar lugar a un supuesto de estupro de prevalimiento del art. 434 del CP de 1973 o del actualmente vigente art. 181.3 CP. En el caso concreto que analizamos, sólo este último incluiría, en principio, el supuesto, toda vez que elimina el límite de edad que, para la víctima, disponía el CP derogado en dieciocho años. De este modo, si, por una parte, al ser la víctima mayor de dieciocho años, no se cumplen los requisitos del tipo dispuestos por el anterior Código Penal, la ya referida interdicción constitucional de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables impide aplicar al acusado el actual 181.3, no vigente en el momento de los hechos.

En definitiva, la ultraactividad del CP de 1973, unido a su carácter de norma favorable para el acusado, hace que sea el régimen previsto por éste, y no el dispuesto por el nuevo Código de 1995, el que sea aplicable al caso, lo que, en este caso, impide finalmente sancionar la conducta analizada. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 17 DE FEBRERO DE 2000. NULIDAD DE LA COMPRAVENTA REALIZADA POR EL ESPOSO EN PERJUICIO DE LOS DERECHOS DE LA MUJER.

TEXTO DE LA SENTENCIA

*STS 17 FEBRERO 2000. SALA DE LO CIVIL.
PONENTE: D. FRANCISCO MORALES MORALES*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Los presupuestos fácticos de que ha de partirse son los siguientes: 1º Mediante sendas escrituras públicas de compraventa de fechas 2 de marzo de 1954 y

7 de enero de 1957, los esposos don A. N. J. y doña V. G. M., a la sazón vecinos de Ciudad Real, compraron, con el carácter de bienes gananciales, las dos fincas rústicas (sitas en el término municipal de dicha capital), que se describen en las dos expresadas escrituras públicas (una en cada una de ellas). 2º En el año 1975 ambos esposos, por convenio instrumentado en documento privado, protocolizado notarialmente, se separaron de hecho. 3º Mediante documento privado de fecha 10 de enero de 1984, don A. N. J., por sí solo, y hallándose en dicha situa-

ción de separado de hecho, vendió las dos referidas fincas rústicas (pedazos de tierra) a la entidad mercantil «Jardycasa». 4º Por Sentencia de fecha 12 de diciembre de 1987 (dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ciudad Real en autos civiles número 382/1986) fue disuelto, por divorcio, el matrimonio de los dos referidos esposos.

SÉGUNDO.-Con base en dichos presupuestos fácticos, en diciembre de 1991, doña V. G. M. promovió contra su ex-esposo don A. N. J. y contra la entidad mercantil «J.» el juicio de menor cuantía del que este recurso dimana, en el que postuló se dicte sentencia (según se dice textualmente en el «petitum» de la demanda) «en la que se declare la nulidad del contrato de compraventa celebrado en documento privado entre los demandados, en fecha 10 de enero de 1984, por tratarse de un negocio jurídico nulo realizado en perjuicio de mi representada doña V. G. M.».

Antes de ser contestada la demanda, concretamente el día 13 de enero de 1992, se produjo el fallecimiento del codemandado don A. N. J., por lo que fueron emplazados sus herederos, personándose, en concepto de tales, don R., doña A., don J.L. y don C. N. G., los cuales se allanaron a la demanda.

La codemandada entidad mercantil «J., SA» no se personó en el proceso, por lo que fue declarada en rebeldía, en cuya situación se mantuvo hasta que le fue notificada la Sentencia de primera instancia, en cuyo momento se personó e interpuso recurso de apelación contra la referida Sentencia.

En dicho proceso, en su grado de apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó Sentencia de fecha 16 de febrero de 1995, por la que confirmando la de primera instancia, estimó la demanda y declaró la rescisión «del contrato de compraventa celebrado el 10 de enero de 1984 entre don A. N. J., como vendedor y «J.» como compradora, sobre las fincas descritas en el hecho primero de la demanda».

Contra dicha Sentencia de la Audiencia, la codemandada entidad mercantil «J.» ha interpuesto el presente recurso de casación, que articula a través de cinco motivos.

(...)

OCTAVO.-La Sentencia aquí recurrida basa, en esencia, su pronunciamiento estimatorio de la demanda y declarativo de la rescisión del contrato de compraventa litigioso, en que considera que el mismo lo fue de bienes gananciales, celebrado solamente por el entonces esposo (don A. N. J.), sin el consentimiento de su entonces esposa (la actora doña V. G. M.), en fraude de los derechos de la misma, habiendo procedido con mala fe la entidad compradora «J.» (codemandada en el proceso).

NOVENO.-Con residencia procesal en el ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aparece formulado el motivo cuarto, en el que textualmente se

denuncia «errónea e indebida aplicación del régimen de comunidad ganancial del artículo 1322 del Código Civil». En el alegato integrador de su desarrollo, la recurrente viene a sostener, en esencia, que al hallarse disuelta la sociedad de gananciales cuando se celebró el contrato de compraventa litigioso, por venir los cónyuges separados de hecho durante más de un año por mutuo acuerdo, conforme al número 3º del artículo 1393 del Código Civil, lo que ya existía entre ellos, mientras no se llevara a efecto la liquidación, era una comunidad de tipo germánico (dice), regulada por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, por lo que don A. N. podía disponer cuando menos (parece querer decir) de la mitad de los bienes vendidos.

Después de recordar a la recurrente que *los artículos 392 y siguientes del Código Civil (Título III de su Libro Segundo) no regulan la comunidad de tipo germánico o en mano común, sino la de tipo romano o por cuotas*, el expresado motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: 1ª A diferencia de los cuatro supuestos que contempla el artículo 1392 del Código Civil, los que, por sí solos, operan «ope legis» o de pleno derecho la disolución de la sociedad de gananciales, en los que relaciona el artículo 1393 del mismo Código (uno de los cuales, el 3º, es efectivamente «llevar separado de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono de familia») *para que se produzca la disolución o conclusión de la sociedad de gananciales se requiere decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, cuya decisión judicial no se había producido* cuando don A. N. J. celebró el contrato de compraventa litigioso, por lo que, en dicha fecha, continuaba vigente la sociedad de gananciales entre él y su esposa, la actora doña V. G. M., aunque llevaran más de un año separados de hecho, por mutuo acuerdo. 2ª *Aun cuando a efectos meramente dialécticos admitiéramos que, cuando don A. N. J. celebró el contrato de compraventa litigioso, ya estaba disuelta la sociedad de gananciales (que no lo estaba), tampoco podía el señor N. J., por sí solo, celebrar el referido contrato de compraventa, ya que, una vez producida la expresada disolución, los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, de tal modo que sobre la titularidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado.*

DECIMO.-En el motivo quinto y último, con la misma residencia procesal que el precedente, se denuncia escuetamente «no aplicación de la legislación foral catalana, respecto al régimen económico-matrimonial». En su alegato, en el que se cita el artículo 14.5.2º del Código Civil, la recurrente viene a sostener que por haber residido los

esposos (mientras lo fueron) don A. N. J. y doña V. G. M. durante más de diez años continuados en Cataluña, habián adquirido la vecindad civil catalana y, por tanto, al quedar sometido su régimen económico-matrimonial al de separación de bienes, el esposo (parece querer decir la recurrente) podía disponer libremente de los bienes litigiosos o, cuando menos, de la mitad indivisa que a él le correspondía.

El expresado motivo también ha de ser desestimado, no sólo porque no aparece probado en el proceso que los referidos esposos (mientras lo fueron) hubieran adquirido la vecindad civil catalana por su residencia continuada de diez años en Cataluña, sin declaración en contrario durante dicho plazo, sino porque, aunque así hubiera sido, como quiera que es totalmente incuestionable que *los citados esposos estaban sometidos al régimen legal de gananciales cuando adquirieron (en 1954 y 1957, respectivamente) a título oneroso, en Ciudad Real, las dos fincas litigiosas, sitas en dicho término municipal, resulta de todo punto indudable que tales fincas tienen naturaleza ganancial* (cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial al que, voluntariamente o por ministerio de la ley, quedaran posteriormente sometidos dichos esposos) y, al tenerla, la disposición de los mismos había de regirse por la normativa propia de los bienes gananciales, que no fue respetada por el esposo don A. N. J., al vender, por sí solo, las dos repetidas fincas, sin el consentimiento de su esposa y en fraude de los derechos de la misma, obrando de mala fe la sociedad adquirente (artículo 1391 del Código Civil) según declara probado la Sentencia recurrida y aquí ha de ser mantenido incólume, al no haber sido desvirtuado por medio impugnatorio adecuado para ello.

UNDECIMO.-El decaimiento de los cinco motivos aducidos ha de llevar aparejada la desestimación del recurso, con expresa imposición de las costas del mismo a la entidad recurrente y la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal que le corresponda. 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 presente recurso de casación, interpuesto por el procurador don A. R. R. M., en nombre y representación de la entidad mercantil «J.», contra la Sentencia de fecha dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y cinco, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en el proceso a que este recurso se refiere (autos número 517/1991 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital), con expresa imposición a la entidad recurrente de las costas del referido recurso y la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal que le corresponda; líbrese a la mencionada

Audiencia la certificación correspondiente de esta Sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 17 DE FEBRERO DE 2000.

Don A. N. J. y doña V. G.M., casados en régimen de gananciales, adquirieron en 1957 dos fincas rústicas que pasaron a integrar el patrimonio común del matrimonio con el carácter, por tanto, de bienes gananciales. En 1975 el matrimonio se separa de hecho, mediante documento privado protocolizado notarialmente, pero el vínculo matrimonial no se disuelve, sin embargo, hasta 1987, fecha de la sentencia judicial de divorcio.

Entretanto, en el periodo de tiempo que media entre la separación de hecho y el divorcio, don A. ha dispuesto por sí solo, y sin el consentimiento de su mujer, de las dos fincas a las que se ha hecho referencia con anterioridad, suscribiendo un contrato de compraventa con la empresa <<J.>>, que las adquiere. Esto sucede en 1984. Con posterioridad a la fecha del divorcio, y tras tener conocimiento de la venta efectuada por el marido, doña V. interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra su ex cónyuge y la sociedad adquirente <<J.>> solicitando sea declarado nulo el contrato de compraventa al haberse efectuado sin su consentimiento y en perjuicio de sus derechos. En el juicio queda acreditada la mala fe de la empresa que adquirió las fincas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ciudad Real que conoce del asunto estima la demanda y declara la nulidad y rescisión del contrato de compraventa. Contra esta sentencia, la empresa condenada interpone recurso de apelación que resulta desestimado por la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que confirma así la dictada en primera instancia. A su vez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, <<J.>> interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que también lo desestima.

Para el Tribunal Supremo, así como para la Audiencia Provincial y el Juzgado de Primera Instancia núm. 2, ambos de Ciudad Real, resulta determinante el carácter *ganancial* de los bienes litigiosos. De acuerdo con lo previsto en el Código Civil, la sociedad de gananciales, que rige el régimen económico del matrimonio por defecto, en caso de que los cónyuges no hayan pactado otro para su matrimonio, se caracteriza porque los bienes que tienen tal carácter ganancial pertenecen pro indiviso a ambos cónyuges, a los que corresponde, también conjuntamente, la administración y disposición de los mismos¹. En el presente caso, resulta clara la naturaleza de bien ganancial de las fincas al tiempo de su adquisición. La cuestión principal se centra, por tanto, en determinar, si en el momento de la disposición que el marido realiza sobre las mismas, a través de su venta a la empresa <<J.>>, los bienes

JURISPRUDENCIA · TS ·

inmuebles seguían conservando este carácter ganancial, o, por el contrario, lo habían ya perdido como consecuencia de la disolución del régimen económico del matrimonio. En este sentido, el TS reitera su doctrina acerca de la disolución de la sociedad de gananciales. De acuerdo con la jurisprudencia del TS sobre esta cuestión, y tal como prevé el Código civil, la mera separación de hecho por más de un año entre los cónyuges, sin que medie separación judicial o disolución del matrimonio mediante sentencia judicial de divorcio, no produce por sí sola y de modo automático la disolución de la sociedad de gananciales. Para que esto ocurra es necesario que, a petición de uno de los cónyuges, se produzca una resolución judicial que acuerde dicha disolución⁴¹.

En el presente supuesto, queda acreditado que el divorcio no tiene lugar hasta 1987, mientras que la compraventa se realiza en 1984, fecha en la que los cónyuges se encuentran tan sólo separados de hecho y, por tanto, continúa aún vigente la sociedad de gananciales. Por esta razón, las fincas seguían perteneciendo a ambos cónyuges y se requería, en consecuencia, el consentimiento de los dos para realizar cualquier acto de disposición sobre los mismos, entre ellos el referido contrato de compraventa (art. 1377 Código civil). Es evidente, por tanto, que cuando el cónyuge ha dispuesto de las fincas, vendiéndolas a un tercero, sin contar con el consentimiento de su mujer, ha contravenido las normas sobre administración

de la sociedad de gananciales, actuando en beneficio propio y en perjuicio de los derechos de su esposa. A mayor abundamiento razona el Tribunal Supremo que, ni siquiera en el caso de que se estimase que, efectivamente, la sociedad matrimonial estaba disuelta al tiempo de la compraventa, -que no lo estaba- la actuación de don A., al vender por sí solo las fincas, podría reputarse correcta y ajustada a derecho. Y ello porque no basta con la disolución de la sociedad de gananciales, sino que es necesario realizar una operación posterior, la liquidación de la misma y la adjudicación a los esposos de los bienes concretos que le corresponden, sobre los que, ahora sí, pueden disponer con total libertad. Hasta que esta liquidación tenga lugar los bienes que antes pertenecían a la sociedad de gananciales, pasan a integrar una comunidad postmatrimonial cuya titularidad pertenece en común a ambos cónyuges, de tal modo que igualmente, la disposición de uno sólo de los cónyuges sobre uno de estos bienes, sin contar con el consentimiento del otro, es nula de pleno derecho.

De lo anterior se deduce que la compraventa realizada por don A. N.J., y objeto del litigio en cuestión, es un acto nulo, realizado en fraude de los derechos de su mujer. Al quedar acreditada, además, la mala fe de la sociedad adquiriente, el tribunal rescinde el contrato de compraventa (art. 1391 Código civil). (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ)

⁴¹. De acuerdo con lo previsto en el artículo 1344 del Código civil: "Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla." Para una definición de los bienes que tienen la consideración de gananciales, véase los arts. 1347 a 1361 del Código civil.

⁴². Se trata del supuesto previsto en el artículo 1393, 3º del Código civil: "También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: (...) 3.º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar."

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DE 27 DE ABRIL DE 2000.

INDEMNIZACIÓN POR EL TRABAJO DOMÉSTICO REALIZADO DURANTE EL MATRIMONIO.

COMENTARIO SENTENCIA DE 27 ABRIL DE 2000

En esta sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña condena a L.R.L a abonar a su ex mujer, T.N.P., la cantidad de quince millones de pesetas, en concepto de compensación por la desigualdad patrimonial producida por la disolución del régimen económico matrimonial. El TSJ de Cataluña casa y anula, así, la sentencia dictada, sobre el mismo supuesto, por la Audiencia Provincial de Lleida de fecha 29 de octubre de 1999, que, a su vez, confirmaba la dictada en primera instancia, por el Juzgado de Primera instancia e Instrucción núm. 7 de Lleida, de fecha 15 de julio de 1999. Tanto la sentencia del Juzgado de primera instancia como la resolución de la Audiencia Provincial, habían absuelto al demandado de la petición formulada por la actora. La sentencia del TSJ viene ahora a darle la razón, condenando al ex marido al pago de la cantidad antes mencionada.

Tras haber contraído matrimonio en 1949 y cuarenta años de convivencia en común, en 1988 la pareja se separa, recayendo sentencia de divorcio en fecha 30 de enero de 1998, confirmada posteriormente por resolución judicial de 2 de julio de 1998.

Durante todo el tiempo que duró la convivencia matrimonial, la mujer se dedicó a las tareas del hogar y al cuidado del hijo común del matrimonio, sin percibir retribución alguna por ello. El marido, agente de Seguros, se dedicó, por el contrario, a su profesión y poseía, en 1986, un capital aproximado de cuarenta y ocho millones de pesetas, depositados en libretas y productos financieros, de los que la mujer era cotitular o beneficiaria. Capital que, a su vez, generaría unos intereses superiores a los doce millones de pesetas en 1989. El régimen económico matrimonial era el de *separación de bienes*, que, en Cataluña, es el régimen económico que rige por defecto, en caso de que los cónyuges no hayan pactado otro para su matrimonio. De tal modo que, tras la disolución judicial del vínculo matrimonial, y en consecuencia del régimen económico que lo regía, mientras que el patrimonio del ex marido asciende a más de cincuenta millones de pesetas, la mujer pasa a carecer de activo patrimonial alguno. No obstante, la sentencia de divorcio establece la obligación de L.R.L de abonar a su mujer la cantidad de 100.000 ptas. mensuales, revalorizables, en concepto de pensión compensatoria.

Estos son brevemente los hechos. La controversia judicial

gira en torno a la aplicabilidad o no del art. 23 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, en la redacción dada por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre. De acuerdo con esta norma el cónyuge que, sin percibir retribución alguna o siendo ésta insuficiente, se haya dedicado a la casa o haya trabajado para el otro cónyuge, tendrá derecho a percibir de éste una compensación económica, cuando, tras la extinción del régimen económico por sentencia judicial de separación, divorcio o nulidad matrimonial, se produzca una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge. Este precepto constituye el actual art. 41 del Código de Familia de Cataluña, introducido por la Ley 9/1998, de 15 de julio que añade, además, un nuevo requisito: la desigualdad patrimonial entre los cónyuges ha de implicar un enriquecimiento injusto.

Mediante estos preceptos el legislador catalán introduce un mecanismo corrector del régimen de separación de bienes que puede resultar injusto en aquellos casos en los que uno de los cónyuges se ha dedicado, de modo desinteresado y en exclusiva al cuidado del hogar y de los hijos. Si en estos casos se produce una separación judicial o divorcio, y no existe acuerdo entre las partes, el cónyuge normalmente desfavorecido, desde un punto de vista económico, es precisamente aquél que se ha dedicado al hogar. Por tanto, la mujer que es la que, en nuestro país, asume de forma mayoritaria la realización de estas tareas. Se trata, así, de compensar dicha desigualdad introduciendo este mecanismo con el que se pretende reequilibrar, de una manera más justa, el patrimonio económico de ambos cónyuges tras la ruptura matrimonial. Por ello la legislación catalana supone un paso importante en la valoración del trabajo doméstico, tarea normalmente asumida por las mujeres.

Avance que se ve, además, confirmado, gracias a la interpretación que la norma legal realiza el TSJ de Cataluña que contribuye así, decisivamente, a dignificar el papel de la mujer que, en el seno del matrimonio, asume las tareas del hogar y el cuidado de los hijos, bien sea de forma exclusiva o compatibilizándolo con su quehacer profesional, reconociendo la importancia que el trabajo doméstico tiene para la economía familiar, e incluso, haciendo posible su cuantificación económica, llegado el caso, para evitar situaciones injustas en perjuicio de la mujer.

Como declara el propio Tribunal: "En un país donde el trabajo doméstico no está remunerado, la conciencia

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

social obliga a arbitrar mecanismos de compensación. El trabajo exclusivo para la familia y el hogar no sólo es fundamental para la paz y armonía del matrimonio, es imprescindible para que el otro cónyuge dedique su esfuerzo, sin perturbaciones, a la creación de riqueza para el sustento e integración social de la familia. El trabajo doméstico es capital en su esencia, esforzado en su prestación y legalmente infravalorado. Sin embargo, hoy todavía, sigue constituyendo el elemento nuclear de la estabilidad familiar." (fundamento jurídico quinto)

Se trata, por tanto, de determinar si en este caso la mujer tiene derecho a dicha compensación económica. Para resolver esta cuestión, el TSJ analiza, en primer lugar, si el art. 23 de la Compilación catalana es aplicable a este supuesto de hecho, puesto que la Audiencia Provincial había estimado que no lo era. En este sentido, el TSJ establece que el momento al que hay que atender es al de la separación judicial, divorcio o nulidad y no, como había estimado la Audiencia Provincial, al de la crisis del matrimonio que determina el cese de la convivencia. Puesto que la sentencia judicial de divorcio es posterior a 1993, fecha de entrada en vigor del precepto cuestionado, el supuesto de hecho entra dentro del ámbito de aplicación de la norma. Una vez despejada esta cuestión, el Tribunal entra en el fondo del asunto, determinar si la mujer tiene derecho a esta indemnización compensatoria y, en su caso, cuál es la cuantía de la misma.

De acuerdo con la normativa que regula dicha compensación económica, para que uno de los cónyuges tenga derecho a la misma es necesario que se den los siguientes requisitos:

1.- que exista una separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio;

- 2.- que uno de los cónyuges haya realizado, durante el matrimonio, un trabajo para el hogar o para el otro cónyuge no retribuido o retribuido insuficientemente;
- 3.- que la disolución del régimen haya generado una desigualdad patrimonial comparando las dos masas de los cónyuges; y
- 4.- que esa desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto.

La concurrencia de los tres primeros requisitos es clara. Las dudas se plantean a propósito del cuarto de los requisitos, la necesidad de que esta desigualdad patrimonial, para dar derecho a la indemnización, sea injusta, o como dice el art. 41 del Código de Familia, que implique un enriquecimiento injusto para el cónyuge favorecido.

Pues bien, también aquí el TSJ se muestra tajante: nada justifica que, en el momento de la disolución del patrimonio conyugal, se produzca esa desigualdad patrimonial entre ambos cónyuges. Como establece el Tribunal, "habiendo contribuido ambos al levantamiento de las cargas del matrimonio (en nuestro caso, la esposa en la forma que prevé el art. 5.1 del Codi), nada motiva que, en palabras llanas, uno quede *rico* y la otra reste *pobre*." (fundamento jurídico quinto).

Por todo ello resuelve que la mujer tiene derecho a la compensación económica por desequilibrio patrimonial por extinción del régimen matrimonial prevista en la legislación catalana, fijando su cuantía en quince millones de pesetas. Además establece que esta indemnización es, en todo caso, compatible con la pensión compensatoria que venía percibiendo la mujer. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA, DE 24 DE ENERO DE 2000.

LA DEPRESIÓN CAUSADA POR UNA SITUACIÓN DE ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO HA DE CONSIDERARSE ACCIDENTE LABORAL.

COMENTARIO SENTENCIA, DE 24 DE ENERO DE 2000.

La Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 24 de enero de 2000, confirma la dictada, en primera instancia, por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, con fecha 25 de junio de 1996. La resolución supone un avance importante en la protección de los derechos de la mujer, en este caso, en el ámbito laboral.

En esta Sentencia el TSJ de Galicia establece que existe una relación *causa-efecto* entre el acoso sexual de que ha sido víctima una mujer en su trabajo y la posterior situación de incapacidad laboral en que se encuentra esta mujer como consecuencia de la depresión que padece, causada, precisamente, por dicho acoso.

Los hechos son básicamente los siguientes: una mujer es objeto de acoso sexual en su trabajo por su jefe inmediato, hechos por los que su autor -el superior inmediato de la mujer acosada- resulta condenado, en septiembre de 1995,

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

por vulneración de la prohibición de discriminación sexual y otros derechos fundamentales. Sin embargo, y precisamente como consecuencia de aquel acoso, la mujer ha desarrollado un <<síndrome ansioso depresivo reactivo a problemas laborales>> que la inhabilita para desarrollar su trabajo, causando baja laboral en julio de 1995. Por esta razón, la mujer recurre a la jurisdicción laboral para que le sea reconocida la situación de incapacidad temporal derivada de la contingencia de accidente de trabajo. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo le da la razón, pero la parte demandada y condenada recurre, en apelación, ante el TSJ de Galicia. La cuestión central de ambas resoluciones judiciales radica en determinar cuál es la naturaleza de la enfermedad que causa la situación de incapacidad laboral transitoria en que se encuentra la mujer. Es decir, si se trata de

una enfermedad laboral en cuyo caso tendría derecho a percibir el correspondiente subsidio por incapacidad laboral. Para que una enfermedad pueda ser considerada de este tipo es necesario que exista una relación causal entre la enfermedad y el trabajo realizado por la persona que lo padece. Pues bien, y aquí radica la importancia de esta resolución judicial, el Tribunal entiende que esta relación está plenamente acreditada. De acuerdo con la normativa que regula este tema⁴³ y aplicando la doctrina del Tribunal Supremo sobre las enfermedades laborales, el TSJ de Galicia llega a la conclusión de que la depresión que padece la mujer es consecuencia de su trabajo, más en concreto, de las condiciones en las que tuvo que desarrollarlo, por lo que ha de reputarse como enfermedad o accidente laboral. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ)

⁴³ El art. 115 punto 1 de la LGSS define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena". El art. 115. punto 2, apartado 3) establece que "tendrán la consideración de accidente de trabajo: las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente (que se refiere a las padecidas con anterioridad que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente), que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo." Por último el punto 3 de este mismo artículo señala que "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar y trabajo".

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TS SALA 1ª, SENTENCIA 24 ABRIL 2000.
PONENTE: SR. GONZÁLEZ POVEDA.

Legitimación del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad para solicitar alimentos en nombre de éstos en procesos matrimoniales. Del art. 93.2 CC emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias.

TS SALA 1ª, SENTENCIA 22 MAYO 2000.
PONENTE: D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.

Negativa a realizar prueba biológica de paternidad. El TS reitera su doctrina sobre el valor probatorio de la negativa injustificada a realizar la prueba biológica de paternidad. Aunque esta negativa no puede considerarse una "ficta confessio", sí tiene un alto valor probatorio, de tal modo que, puesta en relación con las demás pruebas practicadas, puede permitir llegar a la conclusión de la determinación de la filiación. En este sentido, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz que declaró la paternidad extramatrimonial del demandado.

TSJ CATALUÑA, SENTENCIA 17 FEBRERO 2000.
PONENTE: Dª. MARÍA LOURDES ARASTEY SAHÚN.

Nulidad del despido de trabajadora embarazada durante el período de prueba. El TSJ estima el recurso interpuesto por la actora y revoca la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 27 de Barcelona. Entiende el TSJ que el despido es nulo por discriminación por razón del sexo, al estar motivado por el estado de gestación de la mujer y la situación de baja médica provocado por el mismo. Dado que en el supuesto enjuiciado concurren indicios que permitirían calificar el despido de discriminatorio, resulta de aplicación la regla de inversión de la carga de la prueba contenida en el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral. De este modo, corresponde al empresario probar que el despido obedece a motivos razonables, prueba que no concurre en el presente supuesto.

AP BARCELONA, SENTENCIA 17 ABRIL 2000.
PONENTE: Dª. ANA IGELMO FERNÁNDEZ.

Aplicación del delito previsto en el art. 173 del Código Penal a un supuesto de malos tratos. La Audiencia Provincial de Barcelona confirma la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, que aplicó el delito de trato degradante con grave menoscabo para la integridad moral de la víctima previsto en el art. 173 CP a un supuesto de violencia doméstica, condenando, en consecuencia al autor de los malos tratos a una pena de un año de prisión. La Audiencia reitera la aplicabilidad del precepto penal al ámbito privado, de

las relaciones matrimoniales o análogas. Además, y a efectos de determinar si los malos tratos revisten la gravedad suficiente para que entre dentro del ámbito de la norma penal, la Audiencia destaca que, la humillación sufrida por la víctima de tratos vejatorios es precisamente mayor cuando éstos provienen de la persona con la que ha decidido compartir su vida íntima.

AP SEVILLA, SENTENCIA 10 ABRIL 2000.
PONENTE: D. JUAN MÁRQUEZ ROMERO.

Ruptura de pareja <<more uxorio>>. Cauce procesal adecuado para las medidas relativas a custodia y gastos de alimentación del hijo común. La Audiencia Provincial de Sevilla estima que, ante la ausencia de normas específicas, resultan de aplicación las normas procesales generales. Estima así adecuado el procedimiento de menor cuantía, donde encuentran acomodo las cuestiones que derivan de la crisis de una unión paramatrimonial, tanto por lo dispuesto en el núm. 2º del art. 484 de la Ley de Enjuiciamiento civil (demandas relativas a filiación, paternidad y maternidad, capacidad y estado civil de las personas) como por lo dispuesto en el núm. 4º (cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa).

AP BURGOS, SENTENCIA 1 FEBRERO 2000. PONENTE:
D. JOSÉ LUIS LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA.

Agravante de parentesco en delito de lesiones contra la esposa. La Audiencia Provincial de Burgos estima que no puede apreciarse la concurrencia de la agravante de parentesco cuando entre el autor de las lesiones y su esposa no existen los lazos de afectividad propios de la relación matrimonial.

AP CASTELLÓN, SENTENCIA 18 ABRIL 2000
PONENTE: Dª. AURORA DE DIEGO GONZÁLEZ.

Agresión sexual inexistente. No se aprecia intención en el acusado de vulnerar la libertad sexual de la víctima al tratarse de un único tocamiento efectuado por encima de la ropa. La Audiencia Provincial lo absuelve del delito de agresión sexual y lo condena como autor de una falta de vejación injusta.

AP TERUEL, SENTENCIA 12 MAYO DE 2000. PONENTE:
D. FERMÍN FRANCISCO HERNÁNDEZ-GIRONELLA.

Interpretación del requisito de la <<habitualidad>> en la violencia previsto en el delito de malos tratos familiares del art. 153 del Código Penal. Entiende la Audiencia Provincial que los hechos por los que el acusado fue condenado unos meses antes, como autor de dos faltas de malos tratos, deben considerarse actos aislados de violencia, que no integran la <<violencia física habitual>> exigida por el tipo del art. 153 CP. Por esta razón absuelve al acusado del delito de malos tratos familiares pero le condena como autor de un delito de lesiones.

NOTICIAS

En el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie C 127, de 5.5.2000, pp. 2-10, se ha publicado la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas a los Estados miembros estableciendo las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, referida a la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo. Una de las áreas temáticas propuestas versa sobre la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres.

Se ha aprobado por la Junta de Jueces de Barcelona una norma específica de reparto para perseguir penalmente de manera más eficaz y rápida la violencia doméstica. De este modo, un mismo juzgado será encargado de tramitar todas las denuncias presentadas contra un mismo agresor, cualquiera que sea el miembro de la familia atacado. Con ello se persigue un endurecimiento de las penas, al permitir aplicar con mayor facilidad el concepto de "habitualidad" utilizado en el art. 153 CP.

Las asociaciones de jueces consideran necesaria la inclusión en el Código Penal de una pena accesoria consistente en programas de rehabilitación dirigidos a los condenados por violencia doméstica, y valoran así de forma positiva la propuesta formulada en este sentido por la Secretaría General de Asuntos Sociales. No obstante, consideran necesaria una mayor dotación económica para lograr la eficacia de las medidas cautelares previstas en la legislación penal.

El Pleno del Parlamento Europeo aprobó una propuesta de su Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, elaborada por la socialista portuguesa Elisa Damiao, para que se mejore cuanto antes la directiva sobre la protección de las trabajadoras embarazadas. Se pretende, así, regular con cierto detalle los derechos que les corresponden, en línea con las legislaciones más avanzadas de los países de la Unión Europea. Entre otras medidas, se propone la ampliación a 20 semanas del período de baja por maternidad (actualmente, el período mínimo previsto es de 12 semanas). Se propone, además, que la nueva normativa prevea una prohibición estricta de despido durante el embarazo y el permiso de maternidad, así como asegurar, tras la baja, la reincorporación de la mujer a su puesto de trabajo o a otro equivalente.

El reconocimiento de sentencias en el ámbito del Derecho de Familia será posible en la Unión Europea gracias a un Reglamento que entrará en vigor el día 1 de marzo de 2001. Esta normativa será aplicable a los procedimientos de divorcio, separación y nulidad matrimonial, así

como a la responsabilidad parental que se derive de éstos, si bien no afecta a otros asuntos, como el régimen económico matrimonial, pensiones alimenticias u otras medidas accesorias.

El Pleno del Parlamento Europeo ha propuesto la creación de una red europea de asistencia y apoyo a las víctimas de distintos delitos, entre ellos los de violación, acoso sexual y agresiones de violencia doméstica. Las medidas solicitadas van más allá de la mera compensación financiera y pretenden una asistencia global, material, sanitaria, psicológica y social, así como el logro de fórmulas que faciliten el acceso de las víctimas a los tribunales, y protejan suficientemente su derecho a la intimidad.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rebajó la pena a un condenado que mató y descuartizó a su compañera sentimental, de 22 años y medio de cárcel a 15, por entender que no existió asesinato sino delito de homicidio con abuso de superioridad. A juicio del órgano judicial, no quedó probada la existencia de alevosía o ensañamiento, puesto que durante el proceso no fue acreditado el modo en que se produjo la agresión ni la finalidad de las patadas propinadas a la víctima, que no era —según la resolución— causar inhumanamente nuevos dolores a la víctima, sino matarla.

Una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha reconocido la paternidad solicitada por un hombre que tuvo una hija fruto de una relación extramatrimonial, a pesar de que la madre nunca accedió a que se realizara la prueba biológica de paternidad a la menor. El Tribunal califica la actitud de la madre de mala fe procesal y estima que, a pesar de no concurrir esta prueba, sí se dan pruebas indiciarias suficientes acreditativas de que el recurrente es el padre biológico de la menor.

Una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía reconoce el derecho de una empleada del hogar a obtener una pensión por incapacidad permanente total, confirmando así la dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Sevilla. La mujer padece determinadas enfermedades (cervicoartrosis moderada, fibromalgia reumática y discopatía) que le impiden desempeñar funciones que requieran "moderada sobrecarga" del raquis cervical y lumbar. El Tribunal considera que esta sobrecarga es "imprescindible" en muchas tareas del oficio de empleada del hogar, como "subir y bajar escaleras, estirar los brazos, agacharse, estrujar fregonas, inclinarse, cargar pesos, deambular y estar en pie continuamente".

TELEFONO DE INFORMACION A LA MUJER

SERVICIO
24h
GRATUITO

900.200.999

Edita :
INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
C/. Alfonso XII, 52 • 41002 Sevilla

Realiza :
AREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA