

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

SUMARIO

PRESENTACIÓN

- Teresa Jiménez Vilchez.

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer. 2

DOCTRINA

- María Luisa Balaguer Callejón.

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

"Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico-constitucional español". 3

LEGISLACIÓN

- Real Decreto 193/2000.

Modificación de determinados artículos del Reglamento Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos. 6

JURISPRUDENCIA

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. TJCE.

Sentencia de TJCE, de 28 de marzo de 2000. Acciones positivas que fomentan la promoción de la mujer. 7

Sentencia del TJCE, de 3 de febrero de 2000. Negativa a contratar a una mujer embarazada. 15

- Tribunal Constitucional. TC.

Sentencia de TC, 224/1999 de 13 de diciembre. Acoso sexual en la empresa y derecho a la intimidad. 19

Sentencia de TC, 240/1999 de 20 de diciembre. Discriminación indirecta por razón de sexo en la denegación de excedencia a funcionaria interina para el cuidado de su hijo. 23

- Tribunal Supremo. TS.

Sentencia del TS, de 20 de octubre de 1999. Permanecer mirando una violación múltiple no constituye un delito de agresión sexual. 31

- Jurisprudencia de otras Instancias.

Sentencia 29/2000 del Juzgado de lo Penal de Barcelona de 27 de enero de 2000. Apreciación de delito de tortura en un caso de violencia doméstica. 35

Sentencia núm. 568/99 de 26 de noviembre de 1999 del Juzgado de lo Penal número uno de Sevilla. Delito de malos tratos habituales, abandono de familia y falta de amenazas. 38

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES 41

NOTICIAS 42

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

Instituto Andaluz de la Mujer

NÚM.4 • MAYO 2000

PRESENTACIÓN

TERESA JIMÉNEZ VILCHES
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer.

Uno de los elementos fundamentales para acceder al ejercicio de los derechos es el conocimiento de los mismos, con este objetivo desde hace un año el Instituto Andaluz de la Mujer viene realizando el Boletín jurídico "Artículo 14", una perspectiva de género, publicación pionera en España, para difundir la legislación que protege el derecho a la igualdad en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de las distintas instancias en materia de igualdad.

Además de la publicación del texto de las normas y de las sentencias, hemos venido realizando un riguroso análisis de las mismas desde una posición de género. Poniendo de relieve aquella normativa que esta propiciando el desarrollo del principio de igualdad y que hace visibles ante las leyes las circunstancias de desventaja en el marco material, social, cultural, de la educación y del propio ordenamiento jurídico histórico de las que parten las mujeres.

El análisis de las normas abarca también el de aquellas otras que, por el contrario, no contemplan de forma matizada el principio de igualdad, como es la normativa estatal que publicamos en el presente número, sobre la modificación del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos. En este sentido y en relación con el orden de los apellidos, esta normativa sigue perpetuando la posición hegemónica de un sexo sobre el otro, al prevalecer el apellido del padre en primer lugar en caso de desacuerdo entre el padre y la madre; retrasa, sin lugar a dudas, el avance de la sociedad hacia posiciones más igualitarias, en este caso, en el marco de las relaciones familiares.

Por otro lado, la diversidad de posturas de la jurisprudencia nos ha permitido difundir y hacer un análisis de aquellos pronunciamientos judiciales más sobresalientes en relación con sus planteamientos sobre la igualdad, uti-

lización del lenguaje, criterios de interpretación, y las soluciones y alternativas ofrecidas; resoluciones que están contribuyendo a progresar en la erradicación de la discriminación de género y a reconstruir figuras y conceptos jurídicos que partan de la efectiva igualdad de todas las personas ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, tal como preceptua el artículo 14 de la Constitución, que da nombre a esta publicación.

Tampoco hemos olvidado el tratamiento de aquellas resoluciones judiciales que en contraposición a las anteriores, están impregnadas de valores y criterios que reflejan prejuicios y estereotipos sexistas, contruidos desde la ausencia de interiorización del principio de igualdad, y que dan origen a sentencias en las que la fundamentación desde un punto de vista de género, ante delitos que se cometen específicamente contra las mujeres, es prácticamente nula, que ocasionan inseguridad jurídica y un retroceso en la evolución hacia la efectiva igualdad.

Seguiremos trabajando en la línea de identificar las áreas del Derecho que, desde una posición de género, todavía necesitan ahondar en su desarrollo legislativo. Propondremos los mecanismos apropiados para erradicar la discriminación subliminal que se produce como consecuencia de la existencia de prejuicios y estereotipos en la ley y en sus aplicadores, que en muchos casos vienen a cuestionar la neutralidad y objetividad de los mismos.

Para finalizar quiero transmitir la satisfacción del Instituto Andaluz de la Mujer por la buena acogida que ha tenido este instrumento de trabajo entre los estudiosos y estudiosas del Derecho y entre los operadores jurídicos, con los que esperamos seguir contando en las propuestas de construcción e interpretación del Ordenamiento Jurídico que asuman el compromiso sólido de erradicar la desigualdad de las normas y de su aplicación.

DOCTRINA

“DESIGUALDAD COMPENSATORIA EN EL ACCESO A CARGOS REPRESENTATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

1. Las posibilidades de regulación de la paridad electoral en el ordenamiento jurídico-constitucional español.

El problema de las cuotas electorales se ha intentado considerar dentro de las medidas de acción positivas tendentes a la integración de la mujer en la vida política. Esta integración, se considera por el movimiento feminista como una condición imprescindible, no sólo para la integración de la mujer en la vida política, sino como un efecto indirecto en los cambios legislativos y de hábitos sociales, imprescindibles para esa nueva reformulación del contrato social horizontal. La integración de la mujer en la vida política, va a generar un cambio en la sociedad, no solamente para esas mujeres, que se integran en la vida pública, sino que se piensa que la actuación de esas mujeres tendrá un fuerte impacto en el cambio de los hábitos sociales, forzando al conjunto de la sociedad a valorar de forma diferente la vida privada, el ámbito doméstico y el reparto de las tareas entre el hombre y la mujer.

Esta importancia «excedente», es el fundamento que justifica la cuota. No el beneficio individual de esa mujer, sino el beneficio colectivo de género que desarrolla esa medida. Es por ese argumento por el que se justifica el «sacrificio» individual de un hombre en «beneficio» de una mujer, porque no es una medida individual, sino de efecto colectivo.

a. La exigencia de una reforma constitucional para la introducción de cuotas en las listas electorales.

Los motivos de inconstitucionalidad que se consideran obstructivos a una ley de cuotas, se han puesto en relación con fundamentalmente con el art. 23 de la Constitución, y la igualdad de acceso a los cargos públicos que contiene este precepto, y que se lesionaría al favorecer «ex lege» a uno u otro sexo.

La posibilidad de que una lista electoral deba contener un porcentaje de mujeres obligatorio para ser validado por la Junta Electoral, ha de contemplarse por lo tanto, a la luz de lo que determina el art. 23 de la Constitución, por el que se reconoce el derecho fundamental a la participación políti-

ca de todos los ciudadanos. Este artículo ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que el derecho de participación política se ha de cumplir en condiciones de igualdad.

Con independencia de que la exigencia expresa del principio de igualdad no se contiene en el pf. primero del artículo 23 por el que se reconoce el derecho a la participación política, sino en el pf. segundo del mismo artículo que reconoce el derecho de acceso "en condiciones de igualdad" a las funciones y cargos públicos, pero en todo caso, el principio constitucional de igualdad del art. 1 abarca con toda justeza el contenido íntegro del art. 23, de la misma forma, por otra parte, que a todo el texto constitucional.

Como hemos visto anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de cuotas, se limita como sabemos a unas consideraciones indirectas acerca de la posibilidad de que en una oferta pública de empleo, se pueda contratar, en igualdad de condiciones, a un trabajador minusválido. Desde la sentencia 269/94, se puede decir que el Tribunal Constitucional, ha considerado que determinadas fórmulas de acción positiva adoptadas por los poderes públicos, son compatibles con la Constitución. Ahora bien, el argumento de que un derecho fundamental no puede ser recortado en función del sexo, con independencia de la respuesta que pueda tener en el ordenamiento jurídico italiano, tiene una fuerte contestación en la jurisprudencia de nuestro Tribunal. Previamente, hay que considerar si la forma de plantear el derecho de participación política, desde la óptica de un derecho fundamental, a los efectos de reparto de cuotas, es un punto de vista pertinente a los efectos de solventar este problema. Pero aún admitiendo esa discutible perspectiva, la limitación de un derecho fundamental parece evidente desde todos los puntos de vista en nuestro ordenamiento. Y ¿Cuáles son las posibilidades de limitación de ese derecho fundamental?. Pues desde la concurrencia de otro derecho fundamental lesionado, hasta la existencia de «otros

. El artículo 23 de la Constitución dice en su pf. Primero que "los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal". El pf. Segundo dice que "asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes".

. Es cierto que en un primer momento, la difusión de la sentencia de la Corte, produjo un efecto mimético en nuestra doctrina. Se abundó además en la similitud de nuestro art. 9.2 con el 3.2 de la Constitución italiana. G. Peces Barba ha razonado sobre las diferencias entre ambos preceptos, con la autoridad que le confiere su aportación en la fase constituyente, y considera que el pf. 2 del art. 9 de nuestra Constitución, aunque está inspirado en la Constitución italiana, "es más rico y no se refiere a la remoción de obstáculos como el italiano, sino a la promoción de las condiciones y a facilitar la participación", lo que como elementos nuevos, permitirían dar una respuesta positiva a la posibilidad de las cuotas. G. Peces Barba. "La igualdad normativa y la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones". En "Los derechos: entre la ética, el poder y el dinero". Edit. Dykinson. MADRID. 2000. Pg. 178.

DOCTRINA

bienes jurídicamente protegidos». Así ha justificado el Tribunal Constitucional la limitación del derecho de huelga, (Caso del Liceo Sorolla, por un principio general del derecho, la buena fe contractual).

Tanto es así, que desde la consideración de aquellos derechos fundamentales que deben relacionarse necesariamente en su ejercicio, el derecho fundamental a la libertad de expresión, se encuentra limitado por los derechos de honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. La propia Constitución establece la protección de la juventud y la infancia como límites de los derechos reconocidos en el art. 20. No obstante, el Tribunal ha considerado la prevalencia de los derechos de la libertad de expresión, como derechos de configuración colectiva, frente a los derechos individuales.

¿Cuál puede ser la razón para considerar inconstitucional una restricción del derecho de participación política en función del sexo?

Para contestar a esta pregunta es necesario considerar si hay en la LO 5/85, de 19 de junio del Régimen Electoral General, algún tipo de restricción a la participación política. La participación política en nuestro sistema electoral, se vertebraba en torno a dos conceptos fundamentales: el de territorialidad y el de partido político. La ley D' Hont establece un sistema de representación con atribución de restos. ¿Implica este sistema una total asepsia participativa, o hay en la propia ley electoral discriminaciones indirectas?

Las limitaciones al derecho fundamental de sufragio pasivo vienen establecidas en el art. 6 de la LOREG. Todas estas personas tienen impedido el derecho subjetivo de concurrir a un puesto político electo. Y el impedimento se basa en la racionalidad de esa imposibilidad. No hay razón para considerar que esa misma racionalidad no sea aplicable a la necesidad de cubrir un porcentaje de esos puestos con mujeres.

Todas estas razones expuestas avalan la constitucionalidad de una reforma de la legislación electoral en nuestro ordenamiento, que exija un porcentaje equilibrado de listas electorales en función del sexo, y que no sería, por esa sola razón inconstitucional. No se debe decir sin embargo, que esto haya de hacerse sin el cuidado y la prudencia de un cambio que conlleva consecuencias políticas muy importantes.

b. Las posibilidades de regulación legislativa de la paridad electoral.

Afirmar que el reconocimiento legal de la cuota electoral de género puede ser constitucional, no implica decir que lo sea en todo caso, y con abstracción de los elementos que configuren esa regulación legal. Por el contrario, se impone una extrema cautela en la manera en que se puedan lle-

var a cabo las modificaciones legislativas para poner en marcha el delicado proceso de igualdad de género en la participación política.

Y en ese sentido, desde el punto de vista de una validación constitucional, se deberán tener en cuenta los siguientes factores:

b.1. El contexto político europeo.

En la medida en que hemos hecho referencia a que la implantación del sistema de cuotas conlleva una decisión política previa a cualquier otra consideración jurídico-constitucional, es necesario entender la importancia que tendrá en el futuro la actividad que despliegue el Parlamento Europeo en relación con la adopción de sistemas electorales homogéneos para los países miembros. Si se avanza en la construcción política de Europa y se consolidan aquellos proyectos sobre la posibilidad de una Constitución Europea, habrá que suponer que estamos en la vía de homogeneizar los sistemas de elección de representantes políticos, cuándo menos a las propias instituciones europeas. Pero también puede avanzarse en la unificación de criterios de política electoral que de forma progresiva puedan ser asumidos por los Estados miembros.

b.2. La implantación progresiva en función de determinados criterios de población o de territorio.

No parece que un sistema de exigencia de listas paritarias se pueda imponer de una sola vez y a todos los niveles electorales. Algunos procesos electorales pueden hacer inviables estas medidas, como las listas a elecciones locales de poblaciones de escasos habitantes, que no podrían llegar a formar listas que cumplieran las exigencias de paridad. Estas circunstancias aconsejan que cualquier medida tenga en cuenta una cadencia en la aplicación de la norma, y unas posibilidades de excepcionar la norma en función de su posibilidad de cumplimiento.

Por otra parte, presentan también muy diversa naturaleza los procesos electorales locales, autonómicos, nacionales y europeos. Las confecciones de las listas permiten márgenes diferentes en uno y otro caso, lo que debe también diferenciar de algún modo la exigencia de la paridad.

c. La naturaleza de las medidas de paridad electoral.

Seguramente una forma de introducir una reforma tan novedosa en una legislación electoral, la facilite el establecimiento de medidas de protección indirecta, en lugar de la exigencia directa de la paridad.

De ahí la conveniencia de barajar la posibilidad de una ley electoral que establezca un porcentaje que venga motivado por una incentivación a las listas que cumplan la paridad.

Y también la de la posibilidad contraria, pero de muy

. Un análisis de los diferentes sistemas electorales en Europa y sus posibilidades restrictivas de la soberanía, en M.J. Aubet.- "Ciudadanía y representatividad". Edit. Bellaterra. BARCELONA. 2000. Pgs. 20-50.

DOCTRINA

parecidos efectos, que contemple la pérdida de beneficios por parte de aquellos partidos políticos o coaliciones electorales que no cumplan la cuota.

2. Conclusiones.

PRIMERA. La posición que hemos venido manteniendo en todo momento sostiene que no es necesaria una reforma electoral para la modificación, tanto de la LOREG como las respectivas legislaciones autonómicas, dada la interpretación que el TC mantiene respecto de la igualdad, y la posibilidad más que razonable, de que estas medidas superasen el test de constitucionalidad.

Esta conclusión se extrae en primer lugar por una comparación de las experiencias de Italia y de Francia, y en segundo lugar, por el análisis de nuestro propio ordenamiento.

Las razones que avalan la inconstitucionalidad de la ley italiana, responden como hemos visto, a un análisis de la Corte que se mueve en el razonamiento valorativo del entendimiento de que una medida de discriminación positiva no puede limitar un derecho fundamental. Tal razonamiento está ausente en nuestro TC que por el contrario siempre ha considerado que ningún derecho fundamental es ilimitado, y que el instrumento para el equilibrio en el ejercicio de los derechos fundamentales está en la proporcionalidad. Esta situación nos permite concluir en que la razón fundamental por la que se estima la inconstitucionalidad de la ley italiana no sería considerada en nuestra Alta jurisprudencia. Y no es una conclusión carente de importancia habida cuenta la similitud ya referida entre el pf. 2 del art. 3 de la Constitución italiana, y nuestro art. 9.2.

Por lo que se refiere a la experiencia francesa, deja muy despejada la situación política que sirve como factor condicionante de los cambios normativos en un ordenamiento. Y no solo por la facilidad con que se ha llevado a cabo la reforma constitucional, que sería mucho más comprensible en el ordenamiento jurídico constitucional francés

como también se ha visto, sino por la complejidad de la inserción de una reforma electoral en un sistema electoral de doble vuelta, que crea más complejidad que nuestro sistema electoral, que al estar basado en listas cerradas y a una vuelta, permite que la norma acerca de los porcentajes de la cuota, se puedan implementar muy fácilmente.

SEGUNDA. Al convencimiento de que es necesaria una ley que equilibre la desigualdad en la participación política de la mujer, debe seguir la prudencia de que cualquier regulación que se quiera validar constitucionalmente, debe respetar la doctrina que el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo en materia de proporcionalidad y ponderación entre los derechos constitucionales que queden afectados por esa ley. En ese sentido, la regulación francesa sigue siendo ejemplificadora porque no la exigencia de la nivelación porcentual, no invalida la lista en el caso de que no se cumpla, sino que penaliza económicamente al partido que la presenta. Tales medidas indirectas diluyen en muy buena medida la inconstitucionalidad en relación con los conceptos que hemos visto implicados en este problema en relación con la Teoría General del Estado: la representación, la soberanía y la participación no quedan directamente afectados, en cuanto que las listas son en todo caso admitidas, sino que ciertos beneficios electorales se reducen. Beneficios que por sí mismos no constituyen derechos fundamentales.

Otra medida de prudencia sería la vocación de temporalidad en cuanto a la necesidad de valorar su impacto y progresiva disminución de la distancia en la participación política de la mujer. Ahora bien, si la regulación no distingue entre que los porcentajes sean atribuidos a las mujeres en cuanto tales, la exigencia de la norma en cuanto a la eliminación de la subrepresentación de género sin más, no tiene por qué conllevar temporalidad, con independencia de cual de los dos sea el sexo que precise el apoyo en la subrepresentación. Al contrario, garantiza en cualquier sentido el equilibrio.

LEGISLACIÓN

REAL DECRETO 193/2000 DE 11 DE FEBRERO, DE MODIFICACIÓN DE DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL EN MATERIA RELATIVA AL NOMBRE Y APELLIDOS Y ORDEN DE LOS MISMOS

La Ley 40/1999, de 5 de noviembre, ha dado nueva redacción a los artículos 109 del Código Civil y 54 y 55 de la Ley de Registro Civil en la materia relativa al nombre y apellidos y al orden de éstos. La disposición final de la misma encomienda al Gobierno la modificación, en un plazo de tres meses, del Reglamento del Registro Civil en lo que resulte necesario para adecuarlo a lo previsto en dicha Ley.

La finalidad del presente Real Decreto es esencialmente la del cumplimiento estricto de este mandato legal. En su virtud, a propuesta de la Ministra de Justicia, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de febrero de 2000,

DISPONGO:

Artículo único.

Los artículos del Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, que se relacionan a continuación, tendrán la siguiente redacción:

«Artículo 192.

No se podrán imponer más de dos nombres simples o de uno compuesto. Cuando se impongan dos nombres simples, éstos se unirán por un guión y ambos se escribirán con mayúscula inicial.

Se considera que perjudican objetivamente a la persona los nombres propios que, por sí o en combinación con los apellidos, resultan contrarios al decoro. La sustitución del nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas requerirá, si no fuese notorio, que se acredite por los medios oportunos esta equivalencia y la grafía correcta del nombre solicitado».

«Artículo 194.

Si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera.»

«Artículo 198.

La inversión de apellidos de los mayores de edad podrá formalizarse mediante simple declaración ante el encargado del Registro Civil del domicilio y no surte efectos mientras no se inscriba.

El mismo régimen rige para la regularización ortográfica de los apellidos para adecuarlos a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente. Cuando no fuere un hecho notorio, deberá acreditarse por los medios oportunos que el apellido pertenece a una lengua vernácula y su grafía exacta en este idioma.»

Disposición Transitoria Única.

Si en el momento de entrar en vigor la Ley 40/1999, de 5 de noviembre los padres tuvieran hijos menores de edad de un mismo vínculo podrán, de común acuerdo, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hermanos. Si tales hijos menores de edad hubieran cumplido los doce años, la alteración del orden de sus apellidos requerirá su audiencia y aprobación en expediente registral de la competencia del Ministerio de Justicia.

Disposición Final Única.

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 11 de febrero de 2000.

. El art. 109 CC señala que "La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos." Debe destacarse que, si la finalidad de la modificación legal era, como establece la Exposición de Motivos de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre (BOE núm. 266, de 6 de noviembre), eliminar cualquier discriminación por razón del sexo en la disposición del nombre, esto no se logra por completo, toda vez que, a falta de acuerdo entre el padre y la madre, se mantiene la preferencia en el orden del apellido de aquél, en perjuicio del de la madre. Más coherente con la finalidad perseguida, hubiera sido, sin duda, arbitrar un mecanismo rápido y neutro para la solución de estos supuestos. Se echa de menos, pues, una intervención más decidida del legislador en la búsqueda de una igualdad real entre hombre y mujer en este ámbito material (nota de la redacción).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, DE 28 DE MARZO DE 2000.

ACCIONES POSITIVAS QUE FOMENTAN LA PROMOCIÓN DE LA MUJER

TEXTO DE LA SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 28 de marzo de 2000

(...) 1. Mediante resolución de 16 de abril de 1997, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de abril siguiente, el Staatsgerichtshof des Landes Hessen planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), una cuestión prejudicial 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. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un procedimiento de control de legalidad ("Normenkontrollverfahren") a instancia del Sr. Badeck y otros, en el que intervenía el Hessische Ministerpräsident (en lo sucesivo, "Ministerpräsident") y el Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen (en lo sucesivo, "Landesanwalt").

Marco jurídico

A. Disposiciones comunitarias

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, apartados 1 y 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 TCE 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 Tratado de Amsterdam, prevé:

«Al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 141 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.»

B. Disposiciones nacionales

7. La Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (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; en lo sucesivo, "HGIG") se adoptó el 21 de diciembre de 1993 (GBVBl. I, p. 729). Su plazo de vigencia se fijó en trece años a partir de su entrada en vigor el 31 de diciembre de 1993.

8. Con arreglo a su artículo 1, la HGIG tiene la finalidad de conseguir la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a cargos públicos mediante la adopción de planes de promoción relativos a las condiciones de acceso, de trabajo y de carrera de la mujer, que definirán objetivos de carácter vinculante.

9. De la resolución de remisión se desprende que las demás disposiciones aplicables de la HGIG a los efectos del procedimiento principal son las siguientes:

«Artículo 3. Principios.

1. Las diferentes unidades administrativas estarán obligadas a promover la equiparación entre hombres y mujeres en la función pública, así como la eliminación de la infrarrepresentación de las mujeres y de la discriminación por razón de sexo o de la situación familiar, mediante planes de promoción de la mujer (artículos 4 a 6) y otras medidas de promoción (artículos 7 a 14).

JURISPRUDENCIA • TJCE •

2. Se considerará que las mujeres están infrarrepresentadas cuando, dentro del ámbito de aplicación de un plan de promoción de la mujer (artículo 4), en un determinado grupo salarial, remuneratorio o retributivo dentro de una carrera administrativa haya menos puestos ocupados por mujeres que por hombres. En el caso de los niveles de acceso a las distintas carreras administrativas, se considerará que las mujeres están infrarrepresentadas cuando, en el conjunto de la respectiva carrera administrativa, haya menos mujeres que hombres empleados. La segunda frase del presente apartado se aplicará asimismo al nivel de acceso a la carrera judicial y fiscal. Dentro del ámbito de aplicación de un plan de promoción de la mujer, cada grupo retributivo dentro de una carrera administrativa, así como cada grupo remuneratorio y salarial, constituirán un ámbito propio. La unidad que elabore el plan de promoción de la mujer podrá definir subdivisiones aún más reducidas.

3. Ni las mujeres ni los hombres podrán ser discriminados por razón de su sexo o de su situación familiar [...]

Artículo 5 Contenido del plan de promoción de la mujer

[...] 3. El plan de promoción de la mujer establecerá en cada caso, para un período de dos años, una serie de objetivos definidos con carácter vinculante referidos a la proporción de mujeres en las contrataciones y promociones con el fin de aumentar la proporción de mujeres en aquellos sectores en que estén infrarrepresentadas. Para la definición de estos objetivos, serán determinantes las particularidades propias de cada sector o unidad administrativa.

4. En aquellos sectores en que las mujeres estén infrarrepresentadas, los respectivos planes de promoción de la mujer deberán contemplar la provisión con mujeres de más de la mitad de los puestos vacantes. Este principio no se aplicará en aquellos casos en que el sexo sea un requisito imprescindible para el ejercicio de una determinada actividad. Si se demuestra que no existe un número suficiente de mujeres con la cualificación requerida, podrá contemplarse la provisión con mujeres de un número inferior de los puestos vacantes. En el caso de las promociones sin provisión de puestos en sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, deberá establecerse una proporción de mujeres equivalente, como mínimo, a la que éstas representen en el grupo retributivo inmediatamente inferior. A este respecto, también se aplicará la tercera frase del presente apartado. 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.

[...] 7. Los puestos pertenecientes al servicio científico que, de conformidad con el artículo 57a, en relación con los números 1 o 3 del apartado 2 del artículo 57b de la Hochschulrahmengesetz (Ley marco de universidades), se provean con carácter temporal, deberán cubrirse, como mínimo, con una proporción de mujeres equivalente a la que éstas representen entre los licenciados de la especialidad correspondiente. Los puestos pertenecientes al servicio científico que, con arreglo al artículo 48 de la Ley marco de universidades, se provean con carácter temporal, deberán cubrirse, como mínimo, con una proporción de mujeres equivalente a la que éstas representen entre los doctorados 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.

Artículo 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 con hombres, no obstante lo dispuesto en la primera frase del apartado 1.

Artículo 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. [...]

Artículo 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.

4. Cuando no se cumplan los objetivos definidos en cada caso en el plan de promoción de la mujer para un período de dos años, cada nueva contratación o promoción de un hombre en un sector en que las mujeres estén infrarrepresentadas requerirá, hasta el cumplimiento de dichos objetivos, la aprobación de la unidad que hubiera aprobado el plan de promoción de la mujer y, en el ámbito de aplicación de los planes de promoción de la mujer elaborados en los ministerios, la Staatskanzlei (Cancillería del Estado) y el Landespersonalamt (Oficina de Personal del Land), la aprobación del Landesregierung (Gobierno del Land). [...] La primera frase del presente apartado no se aplicará en los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 127 de la Constitución de Hesse.

5. En tanto no se haya elaborado un plan de promoción de la mujer, en los sectores en los que las mujeres estén 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 por encontrarse en curso un procedimiento con arreglo a los artículos 70 o 71 de la Hessisches Personalvertretungsgesetz (Ley de representación del personal del Land de Hesse), no podrá efectuarse ninguna contratación ni promoción contraria al plan de promoción de la mujer propuesto. [...]

Artículo 14. Órganos colegiados.

En el nombramiento de los miembros de comisiones, comités consultivos, comités de gestión o de control, así como de otros órganos colegia-

JURISPRUDENCIA • TJCE •

dos, al menos la mitad de sus miembros deberán ser mujeres.»

El procedimiento principal

10. El 28 de noviembre de 1994, 46 diputados del Landtag de Hesse se dirigieron al órgano jurisdiccional remitente con objeto de que se comprobase la legalidad de la HGIG, en particular, de sus artículos 3, 5, 7, 8 a 11, 14, 16 y 18, que consideraban incompatible con la Constitución del Land de Hesse.

11. Los demandantes en el procedimiento principal estiman que la HGIG es contraria, por una parte, al principio constitucional de "selección de los más capacitados", pues implica la preferencia de los candidatos no en función de sus méritos, sino de su sexo, y, por otra parte, al principio de igualdad de trato que no sólo prohíbe otorgar privilegios a un grupo específico, sino que también atribuye un derecho fundamental a cada individuo, que garantiza a los ciudadanos igualdad de oportunidades desde un principio y no la puesta en práctica de situaciones definitivas ventajosas para una categoría específica de personas. Además, la HGIG también es contraria a la Directiva, como interpreta el Tribunal de Justicia en la sentencia de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051).

La cuestión prejudicial

12. En estas circunstancias, el Staatsgerichtshof des Landes Hessen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70; en lo sucesivo, Directiva sobre la igualdad de trato), ¿se oponen a unas normas nacionales con arreglo a las cuales

1) cuando las mujeres están infrarrepresentadas a efectos del artículo 3, apartados 1 y 2, de la HGIG, en un caso concreto de igualdad de cualificación entre una candidata y un candidato, con arreglo al artículo 10 de la HGIG, las decisiones de selección deben en todo caso, en razón del carácter vinculante de los objetivos definidos en el plan de promoción de la mujer elaborado con arreglo al artículo 5, apartados 3 y 4, de dicha Ley, favorecer a la candidata, siempre y cuando sea necesario para la consecución de dichos objetivos y no se oponga a ello ningún motivo de rango jurídico superior;

2) los objetivos definidos con carácter vinculante en el plan de promoción de la mujer deben establecer la provisión con mujeres, como mínimo, tal como se establece en el artículo 5, apartado 7, de una proporción de los puestos vacantes de provisión temporal pertenecientes al servicio científico o de los puestos auxiliares científicos, equivalente a la proporción que las mujeres representen entre los licenciados (primera frase del apartado 7), los doctorados (segunda frase del apartado 7) o los estudiantes (tercera frase del apartado 7) de la respectiva especialidad;

3) en aquellas profesiones que requieren una formación especializada en las que las mujeres están infrarrepresentadas, deben reservarse a mujeres, con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la HGIG, al menos la mitad de las plazas de formación profesional, a no ser que se trate de cursos de formación impartidos exclusivamente por el Estado;

4) en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, debe convocarse a las entrevistas de presentación, con arreglo al artículo 9, apartado 1, como mínimo a un número igual de mujeres que de hombres, o bien a todas las candidatas que cumplan los requisitos legales o de otro tipo establecidos para ocupar el puesto o desempeñar el cargo que haya de nombrarse;

5) con arreglo al artículo 14 de la HGIG, 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 los miembros deben ser mujeres?"

Observaciones preliminares

13. Con carácter preliminar, procede señalar que la cuestión prejudicial

versa sobre la compatibilidad de distintas medidas de acción positiva tomadas por el legislador del Land de Hesse en favor de la mujer con el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva.

14. Por tanto, 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 asunto principal.

15. 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 promoción, y a la formación profesional. Este principio de igualdad de trato supone "la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente".

16. A tenor del artículo 2, apartado 4, de la Directiva, ésta "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".

17. En el apartado 16 de la sentencia Kalanke, antes citada, el Tribunal de Justicia señaló que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo.

18. En la sentencia de 11 de noviembre de 1997, Marschall (C-409/95, Rec. p. I-6363), el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la cuestión de si una normativa nacional que contiene una cláusula conforme a la cual las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor ("Öffnungsklausel"; en lo sucesivo, "cláusula de apertura"), está destinada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

19. A este respecto el Tribunal de Justicia recordaba, en primer lugar, que dicha disposición, que tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social, autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres (sentencia Marschall, antes citada, apartados 26 y 27).

20. A continuación, el Tribunal de Justicia se remitía al tercer considerando de la Recomendación 84/635, mencionado en el apartado 4 de la presente sentencia (sentencia Marschall, antes citada, apartado 28).

21. Por último, el Tribunal de Justicia señalaba que, incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, de modo que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades (sentencia Marschall, antes citada, apartados 29 y 30).

22. A la vista de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 33 de la sentencia Marschall, antes citada, que, a

diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en la sentencia Kalanke, antes citada, una normativa nacional que contiene una cláusula de apertura no sobrepasa los límites de la excepción prevista en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino.

23. De lo anterior se deduce 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.

24. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si se cumplen estos requisitos, basándose para ello en un examen del alcance de la disposición controvertida.

25. No obstante, de la jurisprudencia se desprende que el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido (véanse, en particular, las sentencias de 12 de julio de 1979, Grosoli, 223/78, Rec. p. 2621, apartado 3, y de 25 de junio de 1997, Tombesi y otros, asuntos acumulados C-304/94, C-330/94, C-342/94 y C-224/95, Rec. p. I-3561, apartado 36).

Sobre la primera parte de la cuestión prejudicial

26. Mediante la primera parte de su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo seleccionados otorga preferencia a las candidatas femeninas, siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior.

27. Los demandantes en el procedimiento principal y el Landesanwalt consideran que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional que otorga preferencia a las mujeres, en la medida en que tiene un carácter absoluto e incondicional.

28. A este respecto, de la resolución de remisión se desprende que el legislador del Land de Hesse ha optado por lo que comúnmente se conoce como "cuota de resultado (Ergebnisquote) flexible". Este sistema se caracteriza porque, de un lado, la HGIG no fija de manera uniforme las cuotas aplicables al conjunto de sectores y servicios de que se trata, sino que precisa que las características de dichos sectores y servicios son determinantes para fijar objetivos vinculantes. De otro lado, la HGIG no prevé necesariamente a priori de modo automático que el resultado de cada procedimiento de selección, en una situación de "empate" como consecuencia de la igual cualificación de los candidatos, deba obligatoriamente favorecer a la candidata femenina.

29. A tenor de la resolución de remisión, el sistema diseñado por la HGIG garantiza que el sexo del candidato nunca será determinante a los

efectos de un procedimiento de selección cuando, en una situación dada, no sea necesario.

Esto ocurre, en particular, cuando se desvirtúa el significado que deriva de la circunstancia de que las mujeres estén infrarrepresentadas como indicio de que existe una situación desfavorable para ellas.

30. Para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, procede señalar que, con arreglo al artículo 10, apartados 1 a 3, de la HGIG, el procedimiento de selección de candidatos se produce, en primer lugar, mediante la apreciación de la aptitud, la competencia y la capacidad técnica (cualificación) de los candidatos en relación con las exigencias del puesto vacante o de la función que se deba ejercer.

31. Para realizar dicha apreciación se tienen en cuenta determinados criterios positivos y negativos.

De este modo, deben tenerse en cuenta la capacidad y la experiencia adquiridas en el ejercicio del trabajo familiar en la medida en que tengan importancia para la aptitud, la competencia y la capacidad técnica de los candidatos y las candidatas, mientras que la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso sólo podrán considerarse si son relevantes a este respecto.

Del mismo modo, no podrán tomarse en consideración ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge, y 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 deben tener ningún efecto negativo.

32. Estos criterios, aunque 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. Su objetivo es, manifiestamente, lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social. Por lo demás, en el litigio principal no se niega su legitimidad.

33. Como ha subrayado el órgano jurisdiccional remitente, sólo en caso de que hayan obtenido la misma calificación una candidata y un candidato, hay que optar en favor de la candidata, 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.

34. De la respuesta del Ministerpräsident a una cuestión escrita planteada por el Tribunal de Justicia se desprende que dichos motivos de rango jurídico superior se refieren a varios elementos normativos, regulados en parte mediante Ley y en parte mediante Decreto, que están formulados sin referencia al sexo y se presentan con frecuencia como "puntos de vista de carácter social". A la luz del Derecho constitucional, dichos elementos de carácter social se basan en parte en el principio de Estado social (artículos 20, apartado 1, y 28, apartado 1, de la Ley fundamental) y en parte en el derecho fundamental de la protección del matrimonio y de la familia (artículo 6 de la Ley fundamental).

35. Desde esta perspectiva, el Ministerpräsident subrayó la existencia de 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 en el sentido del artículo 10, apartado 1, de la HGIG 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. En tercer lugar, se trata de los antiguos militares de empleo, es decir aquellos que voluntariamente hayan cumplido un servicio de duración limitada más largo que el servicio obligatorio (con un mínimo de doce años). 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.

36. A diferencia de lo que manifiestan los demandantes del asunto principal y el Landesanwalt, se deduce de ello que la regla de prioridad instituida por la HGIG no tiene carácter absoluto e incondicional en el sentido del apartado 16 de la sentencia Kalanke, antes citada.

37. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la vista de lo que antecede, si la normativa de que trata el asunto principal garantiza que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

38. Por lo tanto, procede responder que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa nacional que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

Sobre la segunda parte de la cuestión prejudicial

39. Mediante la segunda parte de su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional que establece 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 deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad.

40. Los demandantes en el procedimiento principal consideran que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a tal sistema en la medida en que se propone alcanzar un determinado resultado en cuanto a la representación proporcional de los sexos y no trata de eliminar ciertos obstáculos a la igualdad de oportunidades de la mujer. El Landesanwalt también aduce que el sistema de cuota mínima es contrario al principio de igualdad de sexos y de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, pues las medidas controvertidas no tienen una finalidad individual y tampoco están relacionadas con una desventaja concreta que afecte a los trabajadores femeninos en su vida profesional y social.

41. A este respecto, se desprende de la resolución de remisión que el artículo 5, apartado 7, de la HGIG limita del mismo modo la aplicación del principio de la "selección del más capacitado" tanto en materia de selección como por lo que respecta al conjunto de decisiones de selección que deben tomarse a la luz de los objetivos de un plan de promoción de la mujer. En cualquier caso, dicha disposición sólo podrá influir en la decisión de selección en caso de igualdad de cualificación de los candidatos. A estos efectos, también son aplicables las consideraciones generales relativas al carácter vinculante de los objetivos de un plan de promoción de la mujer.

42. Procede señalar, como ha subrayado el Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, que el régimen especial para el sector científico de que trata el asunto principal no fija un límite absoluto, sino

que se refiere al número de personas que hayan adquirido una formación profesional adecuada, lo cual significa asumir como parámetro cuantitativo un dato real con el fin de determinar la preferencia en favor de las mujeres.

43. Por lo tanto, a la luz del Derecho comunitario la existencia de tal régimen especial para el sector científico no plantea objeciones específicas.

44. Por consiguiente, procede responder que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa nacional que establece que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad.

Sobre la tercera parte de la cuestión prejudicial

45. Mediante la tercera parte de su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional para la función pública que, en aquellas profesiones que requieren una formación especializada en las que las mujeres están infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerce un monopolio de formación, reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación.

46. Los demandantes del asunto principal consideran que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional como la prevista en el artículo 7, apartado 1, de la HGIG. Afirman que, a semejanza del artículo 5, apartado 7, de la HGIG, el artículo 7, apartado 1, prevé claramente que la HGIG no tiene por objeto eliminar determinados obstáculos a la igualdad de oportunidades de la mujer, sino tan sólo asegurar un resultado determinado por lo que respecta a la representación proporcional de los sexos, prohibida por el Derecho comunitario, en particular por la sentencia Kalanke, antes citada. En su opinión, la HGIG no tiene por objeto poner en práctica la igualdad de oportunidades en los requisitos iniciales, sino que influye directamente en el resultado de la concesión de plazas de formación. De ello resulta que la disposición objeto del asunto principal constituye una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva, que no está amparada por la excepción del artículo 2, apartado 4.

47. En opinión del Landesanwalt, las medidas que tienen por objeto promover la realización de la igualdad de oportunidades de la mujer han de tener una finalidad individual y deben hacer referencia a situaciones profesionales y extraprofesionales concretas que desfavorezcan o puedan desfavorecer habitualmente a las mujeres. La cuota mínima aplicable a las plazas de formación en virtud del artículo 7, apartado 1, de la HGIG es una cuota predeterminada, en la medida en que establece de manera vinculante una proporción mínima de mujeres en determinados sectores. Esta cuota mínima en beneficio de la mujer no puede considerarse una medida encaminada a promover la igualdad de oportunidades en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva, ya que sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades por el resultado que sólo puede alcanzarse mediante la realización de tal igualdad de oportunidades.

48. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que una formación cualificada constituye un requisito para integrarse con éxito en el mercado de trabajo. De ello ha deducido que la obligación legal de compensar en este ámbito la situación desfavorable de la mujer quedaría, por tanto, posiblemente legitimada por la exigencia de igualdad.

49. De la resolución de remisión también se desprende que, en el momento de adoptarse la HGIG, el legislador del Land de Hesse consi-

JURISPRUDENCIA • TJCE •

deró que "pese a la consagración del principio de igualdad de derechos entre mujeres y hombres en la Grundgesetz y de la prohibición de discriminación por razón de sexo que figura 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 [...]". El legislador del Land de Hesse ha considerado que esta situación 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.

50. Como se desprende de la exposición de motivos relativa al artículo 7, apartado 1, de la HGIG, al instaurar una "cuota de resultado (Ergebnisquote) rígida" en el ámbito de la formación profesional que facilita este acceso, el legislador del Land de Hesse ha querido establecer un reparto equilibrado de las plazas de formación profesional, al menos en la función pública.

51. Sin embargo, esta voluntad del legislador no conduce a una rigidez absoluta. En efecto, el artículo 7, apartado 2, prevé claramente que si, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes, más de la mitad de las plazas de formación profesional podrán ser cubiertas con hombres.

52. La disposición controvertida en el procedimiento principal se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades. 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.

53. 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. Desde una perspectiva global de la formación profesional (sectores público y privado), la disposición de que trata el asunto principal se limita, por tanto, a mejorar las oportunidades de las candidatas femeninas en el sector público.

54. Las medidas previstas forman parte de las destinadas a eliminar las causas de que las oportunidades de acceso al trabajo y de desarrollo profesional otorgadas a la mujer sean menores y consisten, además, en intervenciones relativas a la orientación y formación profesionales. Este tipo de acciones figuran, por consiguiente, entre las medidas admitidas por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, destinadas a mejorar la capacidad de la mujer de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres.

55. En consecuencia, procede responder que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa nacional que, en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de la mujer, reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes.

Sobre la cuarta parte de la cuestión prejudicial

56. Mediante la cuarta parte de su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza

que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas.

57. Procede recordar que la disposición de que trata el procedimiento principal prevé dos enfoques distintos. Según el primero, se convoca a todas las candidatas femeninas cualificadas que cumplan los requisitos previstos en la convocatoria del puesto. En este caso, el número de candidatos masculinos que deben convocarse puede ser igual, superior o inferior al de candidatas femeninas. Según el segundo, sólo se convoca un número restringido de candidatas femeninas cualificadas. En este supuesto, los candidatos masculinos sólo pueden ser convocados como máximo en la misma proporción.

58. Los demandantes en el procedimiento principal consideran que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a tal normativa. En su opinión, se trata de una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva, que no está amparado por la excepción del artículo 2, apartado 4.

59. El Landesanwalt estima que la disposición controvertida en el procedimiento principal establece una cuota rígida, en la medida en que se refiere al número de mujeres que deben ser invitadas a una entrevista de selección. En el supuesto de que todos los candidatos y candidatas no puedan ser invitados a dicha entrevista, la disposición prescribe que debe invitarse como mínimo a un número igual de mujeres que de hombres. En consecuencia, algunos hombres pueden resultar desfavorecidos y, por lo tanto, discriminados por razón de su sexo. Según el Landesanwalt, esto es contrario al principio de igualdad de sexos y de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

60. Como ha subrayado el Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones, la disposición de que trata el asunto principal no supone alcanzar un resultado definitivo contratación o promoción, sino que ofrece posibilidades adicionales a las mujeres cualificadas para facilitar su acceso al mundo laboral y a su carrera.

61. A continuación, procede señalar que de la resolución de remisión resulta que aunque esta disposición prevea normas relativas al número de entrevistas de presentación que deben concederse a las mujeres, también prevé que se efectúe un examen preliminar de las candidaturas y que sólo se convoque a los candidatos cualificados que reúnan todos los requisitos exigidos o previstos.

62. En consecuencia, se trata de una disposición que, al garantizar que, en caso de igual capacitación, las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación, está encaminada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

63. En consecuencia, procede responder que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa nacional que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas.

Sobre la quinta parte de la cuestión prejudicial

64. Mediante la quinta parte de su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional 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 deben ser mujeres.

65. Tanto de la resolución de remisión como de la exposición de motivos se desprende que el artículo 14 de la HGIG, que versa sobre el nombra-

miento de los miembros de órganos colegiados, no tiene carácter vinculante, puesto que dicha disposición que no es de carácter imperativo reconoce que a menudo la composición de los órganos colegiados viene determinada por disposiciones legales, y que la plena consecución de la participación de las mujeres en pie de igualdad exigiría, en todo caso, una modificación de las Leyes correspondientes. Además, dicha norma tampoco puede aplicarse a los cargos atribuidos mediante elección. También en este caso sería necesaria, más bien, la modificación de las correspondientes normas de base. Por último, como esta norma no tiene carácter imperativo, deja un cierto margen que permite tener en cuenta otros criterios.

66. En consecuencia, procede responder que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa nacional relativa a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, que establece que las disposiciones legales adoptadas para su aplicación tengan en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual.

67. Habida cuenta de lo anterior, no procede pronunciarse sobre la interpretación del artículo 141 CE, apartado 4.

Costas.

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

En virtud de todo lo expuesto,
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Staatsgerichtshof des Landes Hessen mediante resolución de 16 de abril de 1997, declara:

El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se opone a una normativa nacional que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos, que establece que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad, que, en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de la mujer, reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, salvo

que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes, que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, relativa a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, que establece que las disposiciones legales adoptadas para su aplicación tengan en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual.

COMENTARIO A LA STJCE DE 28 DE MARZO DE 2000

Esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea resuelve la cuestión prejudicial que, articulada en cinco puntos, plantea un órgano jurisdiccional alemán y que versa sobre la compatibilidad de distintas medidas de acción positiva a favor de la mujer tomadas por el legislador de uno de los Estados federados de Alemania con las normas de la Directiva comunitaria sobre la igualdad de trato¹.

La cuestión surgió dentro de un proceso de control de legalidad instado por 46 Diputados del Parlamento de Hesse frente a diversas disposiciones de la Ley sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública, aprobada el día 21 de diciembre de 1993 y que entró en vigor, por un plazo de trece años, a partir del día 31 de diciembre de 1993². En este punto ha de indicarse que la finalidad de dicha ley estatal es conseguir la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso a cargos públicos mediante la adopción de planes de promoción relativos a las condiciones de acceso, de trabajo y de carrera de la mujer, definiendo dichos planes objetivos de carácter vinculante, que han de conseguirse en períodos de dos años³. Ha de tenerse en cuenta que quienes instaron el proceso principal entendían que las normas de la citada ley eran contrarias a la Constitución de Hesse y a una norma comunitaria. En efecto, por un lado, se opondría a los principios constitucionales de "selección de los más capacitados" para el acceso a la función pública y de igualdad de trato, y, por otro, a la Directiva comunitaria sobre la igualdad de trato, tal como resulta de la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁴. Lógicamente, el órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial y el propio Tribunal de Justicia, se ciñen a la compatibilidad entre la norma comu-

1. Se trata de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de diciembre 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. En concreto, la compatibilidad se propone frente a los apartados 1 y 4 del art. 2 de dicha Directiva.

2. Se pidió la comprobación de la legalidad de los arts. 3, 5, 7 a 11, 14, 16 y 18 de la Ley por posible incompatibilidad con la Constitución de Hesse. La transcripción de los citados preceptos se realiza en el apartado 9 de la Sentencia comentada.

3. Esta prescripción se contiene en el art. 1 de la citada norma.

4. La interpretación de la Directiva que se estimaba contradictoria es la que resulta de la Sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995.

nitaria de Derecho derivado y la legislación del Estado de Hesse. En ese sentido, sólo si existe contradicción entre ellas, será preciso acudir al control de validez de dicha norma comunitaria respecto a la norma de Derecho comunitario originario que permite la adopción de estas medidas de acción positiva, esto es, el art. 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea⁵, lo que no procede en el presente caso al no apreciarse la existencia de dicha contradicción⁶.

Es importante observar que el Tribunal de Justicia, antes de entrar en el análisis de la cuestión prejudicial, recuerda también, junto a la sentencia Kalanke, su pronunciamiento en la Sentencia Marschall, de 11 de noviembre de 1997. Esta precisión cobra relevancia si se tiene en cuenta que, en dicha resolución, el Tribunal de Justicia, introdujo la "cláusula de apertura", como elemento para efectuar la ponderación de la concreta aplicación de las acciones positivas previstas por el legislador. En coherencia con ello, la posición del Tribunal de Justicia, en la resolución que se comenta, se mueve más bien en la línea de esta segunda sentencia, que supuso una matización de la doctrina recaída en la sentencia Kalanke.

Respecto al primer punto de la cuestión prejudicial planteada, el sistema por el que opta el legislador de Hesse para otorgar preferencia a la mujer en el acceso a la función pública en sectores en que están infrarrepresentadas, siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer y no se oponga a esa preferencia ningún motivo de rango jurídico superior, es el de la llamada "cuota de resultado flexible". Según este sistema, la ley no fija uniformemente las cuotas a aplicar en esos sectores y tampoco se prevé de modo automático el favorecimiento obligatorio de la candidata femenina en un proceso de selección, cuando su resultado sea la igual calificación entre los candidatos, lo que, en definitiva significa que el sexo del candidato no será determinante para resolver un proceso de selección cuando, en el caso concreto, no sea necesario.

A este respecto, indica el Tribunal de Justicia que la resolución del procedimiento de selección previsto por la ley de Hesse, prevé una apreciación de la cualificación de los candidatos mediante determinados criterios positivos y negativos, que se formulan en términos neutros respecto al sexo. Sin embargo, aunque ciertamente pueden beneficiar también a los hombres, en general favorecen a las mujeres, porque traslucen el objetivo de lograr una igualdad sustancial y no meramente formal. Para afrontar el

análisis de este primer punto de la cuestión prejudicial, ha de recordarse que sólo en caso de que hayan obtenido la misma calificación una candidata y un candidato, hay que optar en favor de la candidata, 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. Esta regla de prioridad no tiene, a juicio del Tribunal de Justicia, carácter absoluto e incondicional, en el sentido proscrito por la Sentencia Kalanke para las medidas de acción positiva. No existirá oposición entre las normas de la Directiva sobre la igualdad de trato y una legislación que otorgue esa preferencia a las candidatas femeninas siempre que la norma nacional garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

En cuanto al segundo punto de la cuestión planteada, debe resolverse la existencia de contradicción entre la norma comunitaria y la legislación nacional que establezca 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, prevengan un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente, al menos, a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad. Aquí se trata de un régimen especial para el sector científico, que supone una limitación del principio de selección del más capacitado, tanto en materia de selección, como respecto al conjunto de decisiones de selección que deben tomarse en el marco de los objetivos de un plan de promoción de la mujer.

Para el Tribunal de Justicia, no se da esa contradicción al no establecerse mediante este régimen especial un límite absoluto. Lo que prevé la normativa nacional, en este caso, es una referencia al número real de personas que han adquirido esa formación profesional adecuada, asumiendo como parámetro cuantitativo un dato real para determinar la preferencia a favor de las mujeres.

El tercer punto de la cuestión prejudicial se refiere a la reserva a mujeres de, al menos, la mitad de las plazas de formación profesional en aquellas profesiones que requieren una formación especializada y en las que las mujeres estén infrarrepresentadas, siempre que no se trate de cursos de formación impartidos exclusivamente por el Estado. Aquí, a diferencia del primer punto, se instaura por el legislador una "cuota de resultado rígida", respecto a la formación profesional que facilita el acceso a puestos

⁵. Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el día 1 de mayo de 1999, este precepto dispone que "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. Vid. Apartado 67 de la Sentencia.

de mayor cualificación en la función pública. Considera el Tribunal de Justicia que no se da, sin embargo, una rigidez absoluta, por cuanto prevé el legislador que si habiéndose adoptado medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de estas plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes, los hombres podrían cubrir más de la mitad de esas plazas. Además, al no ejercer el Estado el monopolio exclusivo de esa formación y existir, en consecuencia, plazas en el sector privado, la aplicación de la medida no excluye de manera definitiva a ningún candidato masculino de recibir esa formación. Como afirma la Sentencia, "desde una perspectiva global de la formación profesional (sectores público y privado), la disposición de que trata el asunto principal se limita, por tanto, a mejorar las oportunidades de las candidatas femeninas en el sector público", contribuyendo de esta manera a la eliminación de las causas por las que las oportunidades de acceso al trabajo y de desarrollo profesional de la mujer sean menores. En ese sentido, la medida analizada entra dentro de lo permitido por la Directiva comunitaria sobre la igualdad de trato, al mejorar la capacidad de la mujer para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en condiciones de igualdad con los hombres. Como cuarto punto de la cuestión prejudicial, se solicita el pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la medida consistente en que, respecto a los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, se garantice que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de selección.

Para el Tribunal, esta medida ofrece una posibilidad adicional a las mujeres cualificadas con objeto de facilitar su acceso al mundo laboral, al garantizar, en caso de igual capacitación, que sean convocadas a las mencionadas entrevistas. Recuerda el Tribunal de Justicia que la ley de Hesse prevé el examen preliminar de las candidaturas y que sólo se convoque a los candidatos cualificados que reúnan todos los requisitos exigidos o previstos en la convocatoria del puesto. Por ello, la medida se encamina a promover la igualdad de oportunidades en el sentido de la Directiva sobre igualdad de trato.

Finalmente, el último punto de la cuestión prejudicial solicita el análisis de la medida prevista en la ley según la cual, en el nombramiento de los órganos de representación de los trabajadores y de gestión y control, al menos la mitad de sus miembros han de ser mujeres. Para el correcto entendimiento de esta previsión, ha de tenerse en cuenta que no se establece con carácter imperativo o vinculante, así como que no se aplica a los cargos que se proveen mediante elección. En definitiva, se trata conseguir el objetivo de que en la composición de esos órganos la participación de la mujer sea, al menos, igual. Por tener en cuenta estas dos precisiones, no se da contradicción entre la Directiva sobre la igualdad de trato y la medida prevista en la ley de Hesse. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ).

Para el correcto entendimiento de esta previsión, ha de tenerse en cuenta que no se establece con carácter imperativo o vinculante, así como que no se aplica a los cargos que se proveen mediante elección. En definitiva, se trata conseguir el objetivo de que en la composición de esos órganos la participación de la mujer sea, al menos, igual. Por tener en cuenta estas dos precisiones, no se da contradicción entre la Directiva sobre la igualdad de trato y la medida prevista en la ley de Hesse. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ).

Para el correcto entendimiento de esta previsión, ha de tenerse en cuenta que no se establece con carácter imperativo o vinculante, así como que no se aplica a los cargos que se proveen mediante elección. En definitiva, se trata conseguir el objetivo de que en la composición de esos órganos la participación de la mujer sea, al menos, igual. Por tener en cuenta estas dos precisiones, no se da contradicción entre la Directiva sobre la igualdad de trato y la medida prevista en la ley de Hesse. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, DE 3 DE FEBRERO DE 2000. NEGATIVA A CONTRATAR A UNA MUJER EMBARAZADA.

TEXTO DE LA SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
(Sala Sexta), de 3 de febrero de 2000

(...) 1. Mediante resolución de 16 de abril de 1998, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de junio siguiente, el Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente, artículo 234 CE), una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70; en lo sucesivo, "Directiva").

2. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Sra. Mahlburg y el Land Mecklenburg-Vorpommern acerca de la negativa de este último a celebrar con ella un contrato de trabajo por tiempo indefinido, debido a que estaba embarazada, de modo que no podía asumir desde el primer momento las funciones del puesto de trabajo considerado.

Marco jurídico

El Derecho comunitario

3. La Directiva dispone en su artículo 2:

"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.

[...] 3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.[...]"

El Derecho alemán

4. El artículo 611 a del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán; en lo sucesivo, "BGB"), que fue introducido en 1980 con el fin de adaptar el Derecho alemán a la Directiva, establece:

"El empresario no podrá desfavorecer a un trabajador por cuenta ajena por razón de su sexo en el marco de un acuerdo o de una medida, en particular en el momento de establecer la relación laboral, en caso de promoción profesional, o en el marco de una investigación o de un despido."

5. Las disposiciones pertinentes de la Mutterschutzgesetz, de 24 de enero de 1952 (Ley de protección de la maternidad; BGBl. I, p. 315), son los artículos 3 a 5.

6. El artículo 3 de la Mutterschutzgesetz establece lo siguiente:

«1) Las mujeres embarazadas no deberán trabajar cuando un certificado médico acredite que la vida o la salud de la madre o del hijo están en peligro si la madre continúa trabajando. [...]»

7. El artículo 4 de la Mutterschutzgesetz, que enumera las demás prohibiciones de empleo, precisa:

«1) Se prohíbe confiar a las mujeres embarazadas tareas físicas pesadas o tareas que las expongan a los efectos nocivos de sustancias o radiaciones perjudiciales para la salud, polvo, gases o vapores, calor, frío, humedad, vibraciones o ruido.

2) Se prohíbe, en particular, confiar a las mujeres embarazadas:

1. Tareas en las que normalmente deban levantar, mover o transportar a mano, y sin ayuda mecánica, cargas superiores a 5 kg u, ocasionalmente, cargas superiores a 10 kg. Cuando deban levantar, desplazar o a transportar a mano, con ayuda mecánica, cargas de un peso superior, el esfuerzo físico de las mujeres embarazadas no deberá ser mayor que el necesario para realizar las tareas citadas en la primera frase.

[...] 3. Tareas que las obliguen con frecuencia a estirarse o a inclinarse considerablemente o a agacharse o mantenerse constantemente en posición inclinada.

[...] 6. Tareas que las expongan particularmente, por razón de su embarazo, al riesgo de contraer enfermedades profesionales o que, por razón de este riesgo, representen un peligro mayor para la futura madre o para el feto.

[...] 8. Tareas que las expongan a mayores riesgos de accidente, en particular, resbalar o caer. [...]»

8. El artículo 5, apartado 1, de la Mutterschutzgesetz dispone:

"La mujer embarazada está obligada a informar a su empresario de su embarazo y de la fecha prevista para el parto tan pronto como tenga conocimiento de su estado. A solicitud del empresario, deberá presentar un certificado expedido por un médico o por una comadrona. El empresario está obligado a informar inmediatamente a la autoridad de vigilancia de la notificación recibida de la futura madre. Se le prohíbe informar de ello a terceros sin previa autorización."

Hechos y procedimiento principal

9. Desde el 26 de agosto de 1994 hasta el 31 de agosto de 1995, la Sra. Mahlborg estuvo contratada como enfermera por la Clínica de Cirugía Cardíaca de la Universidad de Rostock, que depende del Land Mecklenburg-Vorpommern, en el marco de un contrato de trabajo de duración determinada. A partir del mes de febrero de 1995, realizó gestiones para obtener un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Disponía del apoyo de la enfermera jefe, la cual había solicitado al servicio de personal de la Universidad que el contrato de trabajo de la Sra. Mahlborg se convirtiera en un contrato por tiempo indefinido. Tras haber sido informada de que sólo era posible contratarla por tiempo indefinido en caso de que se produjera una vacante en un puesto de trabajo de este tipo, el 1 de junio de 1995 la demandante del litigio principal presentó su candidatura a dos puestos de trabajo por tiempo

indefinido convocados mediante concurso interno de dicho establecimiento.

10. Estos puestos de trabajo habían de cubrirse inmediatamente, o lo antes posible. Los anuncios contenían la siguiente descripción de funciones: "las funciones del puesto de trabajo se desempeñarán en el quirófano; el trabajo se efectuará en régimen de turnos; preparación y control, siguiendo las instrucciones, de todo el instrumental esterilizado y de los medicamentos necesarios para intervenciones quirúrgicas; entrega de instrumental durante las intervenciones quirúrgicas".

11. Además, en uno de los anuncios se exigía haber cursado estudios completos de enfermera o de auxiliar de quirófano, sancionados por un diploma, mientras que el otro exigía haber cursado estudios completos de enfermería, sancionados por un diploma y completados por una experiencia de quirófano.

12. El 1 de junio de 1995, fecha de presentación de su candidatura, la demandante en el litigio principal estaba embarazada. El embarazo había sido diagnosticado el 6 de abril de 1995. El 13 de julio de 1995, la demandante en el litigio principal informó por escrito de ello a su empresario, al que, mientras tanto, había solicitado un puesto de trabajo por tiempo indefinido. A consecuencia de dicho escrito, el demandado en el litigio principal efectuó un traslado interno para atenerse a la Mutterschutzgesetz. Por ello, y hasta el término de su contrato de trabajo de duración determinada, la demandante en el litigio principal ya no estuvo empleada como enfermera en quirófano, sino que fue destinada a otras actividades de enfermera, es decir, a actividades que no llevaban consigo un riesgo de infección.

13. El 18 de septiembre de 1995, el demandado en el litigio principal decidió no admitir la candidatura de la Sra. Mahlborg por el siguiente motivo:

"La descripción de los dos puestos de trabajo señala que han de ser ocupados por enfermeras en el quirófano; el hecho de no considerar las candidaturas de las mujeres embarazadas para dichos puestos no constituye una discriminación por razón del embarazo, sino que responde a exigencias legales. Los artículos 3 a 5 de la Mutterschutzgesetz prohíben expresamente a los empresarios contratar a mujeres embarazadas en los ámbitos en que estén expuestas a la influencia de sustancias nocivas. Debido a estas prohibiciones legales, no se ha podido tener en cuenta su candidatura para el puesto de enfermera en quirófano."

14. La demandante en el litigio principal impugnó el rechazo de su candidatura ante el Arbeitsgericht Rostock (Tribunal de Trabajo), alegando que la negativa a celebrar un contrato de trabajo por tiempo indefinido y los motivos invocados para ello constituían una discriminación ilícita por razón de sexo en el sentido de los artículos 611 a del BGB y 2 de la Directiva.

15. Mediante sentencia de 15 de abril de 1997, el Arbeitsgericht Rostock desestimó la demanda de la Sra. Mahlborg, que interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente, ante el cual reiteró sus alegaciones; por su parte, el demandado en el litigio principal alegó que su negativa a celebrar un contrato de trabajo no constituía una discriminación ilegal por razón de sexo, puesto que la decisión de no celebrar el contrato controvertido resultaba de las disposiciones de la Mutterschutzgesetz que le prohibían contratar a la demandada en el litigio principal en las condiciones propias de las plazas vacantes; el demandado del litigio principal considera que, en estas circunstancias, no podía obligársele a celebrar con ella un contrato de trabajo.

16. Resulta de los autos del litigio principal que el Landesarbeitsgericht comparte la postura del Arbeitsgericht, según el cual de la jurisprudencia del Bundesarbeitsgericht se desprende que el demandado en el liti-

JURISPRUDENCIA • TJCE •

gio principal no viola el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al que se refiere el artículo 611 a del BGB. Según dicha jurisprudencia, el artículo 611 a del BGB no se opone a que un empresario decida no contratar a una candidata embarazada debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo le impide contratar a esta última desde el primer momento para el puesto vacante.

17. Sin embargo, el Landesarbeitsgericht añadió que el artículo 611 a del BGB, que adapta el Derecho alemán a la Directiva, debe interpretarse de conformidad con el Derecho comunitario. A este respecto, manifiesta sus dudas en cuanto a la compatibilidad de la interpretación reiterada que se ha dado al artículo 611 a del BGB con el artículo 2 de la Directiva.

La cuestión prejudicial

18. En estas circunstancias, el Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Constituye una discriminación ilegal por razón de sexo en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, el hecho de que una empresa no contrate para un puesto vacante a una candidata apta, en principio, para desempeñar la actividad de que se trata por estar embarazada y no poder ocupar desde el primer momento y durante el embarazo el puesto de trabajo por tiempo indefinido, debido a una prohibición de desempeñar dicha actividad laboral impuesta por la Mutterschutzgesetz?"

Sobre la cuestión prejudicial

19. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende esencialmente que se dilucide si el artículo 2, apartado 1, de la Directiva se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido debido a una prohibición legal de trabajo vinculada con dicho estado que impide, durante el período de su embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto.

20. Es preciso recordar que la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo (sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88, Rec. p. I-3941, apartado 12).

21. Sin embargo, hay que señalar que, a diferencia del asunto Dekker, antes citado, la desigualdad de trato, en un caso como el del litigio principal, no se basa directamente en el embarazo de la trabajadora, sino que resulta de la prohibición general de trabajo vinculada a dicho estado.

22. Esta prohibición, impuesta por la Mutterschutzgesetz, se basa en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva, según el cual ésta no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

23. Por lo tanto, procede examinar si la Directiva permite a un empresario no celebrar un contrato de trabajo por tiempo indefinido por el hecho de que la observancia de la prohibición de trabajo para las mujeres embarazadas impide a las trabajadoras desempeñar el trabajo desde el primer momento en el puesto vacante.

24. A este respecto, es necesario señalar en primer lugar que el Tribunal de Justicia ha declarado que el despido de una mujer embarazada, contratada por tiempo indefinido no puede fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. Aunque la disponibilidad del empleado sea necesariamente para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la

que está empleada. La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva (sentencia de 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 26).

25. A continuación, hay que destacar que la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, en principio compatible con el artículo 2, apartado 3, de la Directiva, no puede servir de base para resolver un contrato de trabajo existente celebrado por tiempo indefinido (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann, C-421/92, Rec. p. I-1657, apartados 18 y 25). En efecto, dicha prohibición sólo produce efectos durante un período limitado en relación con la duración total del contrato (sentencia Habermann-Beltermann, antes citada, apartado 23).

26. Por último, el Tribunal de Justicia ha declarado en la sentencia de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011), apartado 26, que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del artículo 2, apartado 3, de la Directiva no puede ser objeto de un trato desfavorable en lo que atañe a su acceso al empleo y a sus condiciones de trabajo y que, desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal.

27. Se deduce de esta jurisprudencia que la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener por consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo de una mujer embarazada, de modo que no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo le impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante.

28. En la vista se formularon observaciones en cuanto a las consecuencias económicas que podrían resultar de una obligación de contratar a mujeres embarazadas, en particular, para las pequeñas y medianas empresas.

29. A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad (sentencia Dekker, antes citada, apartado 12). La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo.

30. Por consiguiente, procede responder que el artículo 2, apartados 1 y 3, de la Directiva se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado impide, durante el período de su embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto.

Costas

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

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),
pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern mediante resolución de 16 de abril de 1998, declara:

JURISPRUDENCIA • TJCE •

El artículo 2, apartados 1 y 3, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado impide, durante el período de su embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto.

COMENTARIO A LA STJCE DE 3 DE FEBRERO DE 2000

La cuestión prejudicial objeto de esta resolución del Tribunal de Justicia surgió a raíz de un proceso judicial entablado en Alemania entre el Estado de Mecklenburg-Vorpommern y una enfermera de una clínica de la Universidad de Rostock, dependiente de dicho Estado, ante la negativa de éste a contratarla por tiempo indefinido debido a su embarazo, lo que implicaba que no podía asumir, desde el primer momento, las funciones del puesto de trabajo. Dicha trabajadora, que estaba contratada a tiempo determinado, se había presentado a dos puestos de trabajo cubiertos por contratos indefinidos en ese mismo centro de trabajo y estaba embarazada cuando optó a ellos. Además, después de presentarse a esos contratos indefinidos, comunicó a la empresa su embarazo y fue trasladada de puesto de trabajo, en el marco de su contrato de duración determinada. Tanto la mencionada información a la empresa, como el traslado de puesto de trabajo, se produjeron en aplicación de la Ley de Protección de la Maternidad.

Comunicada por la empresa la inadmisión de la candidatura por razón del embarazo, fue interpuesta la demanda correspondiente ante el Tribunal de Trabajo de la ciudad de Rostock alegando discriminación ilícita por razón de sexo. Desestimada la demanda, la trabajadora apeló ante el Tribunal de Trabajo del Estado, que efectuó el planteamiento de la cuestión prejudicial. Este órgano judicial lo hace ante las dudas que le produce la compatibilidad de la interpretación mantenida jurisprudencialmente del artículo del Código Civil que adapta el Derecho alemán a 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 profesiona-

les, y a las condiciones de trabajo⁷. En concreto, se pregunta al Tribunal de Justicia si es discriminación ilegal por razón de sexo, según la normativa comunitaria, la negativa a contratar para un puesto de trabajo indefinido a una candidata apta en principio para el mismo, por razón de su embarazo, dado que éste le impide ocupar desde el primer momento y por el tiempo del embarazo dicho puesto de trabajo, debido a la prohibición de desempeñar esa actividad laboral contemplada en la Ley de Protección de la Maternidad.

En principio, la negativa a la contratación por razón de embarazo sólo puede aplicarse a mujeres, lo que constituye, en una primera aproximación, una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por la legislación comunitaria⁸. El caso objeto de esta cuestión presenta un matiz que lo diferencia de este primer acercamiento, dado que la desigualdad de trato resulta de la prohibición general de trabajo vinculada al estado de embarazo, introducida por la legislación nacional basándose en la propia normativa comunitaria, que permite la adopción de medidas de protección de la mujer, especialmente en supuestos de embarazo y maternidad.

El Tribunal de Justicia realiza un repaso de su jurisprudencia de aplicación de la Directiva ya citada y que se basa en el objetivo de conseguir una igualdad material y no simplemente formal⁹. En ese sentido, se extrae como consecuencia de esa jurisprudencia que la aplicación de las medidas de protección de la mujer embarazada no puede llevar a tratarla desfavorablemente en el acceso al empleo, lo que conduce a calificar como discriminación ilegal la conducta empresarial de la que trae causa este procedimiento jurisdiccional.

En coherencia con dicha posición, el Tribunal analiza también el alcance que pueden tener, para pequeñas y medianas empresas, los perjuicios económicos ocasionados por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de trabajo durante el tiempo de duración de su embarazo. En opinión del Tribunal de Justicia dichos perjuicios no pueden servir para justificar la negativa a efectuar ese contrato. En este aspecto, la resolución comentada avanza un paso más respecto a anteriores posiciones, al proyectar este criterio no sólo sobre el período de descanso por maternidad, sino también al período de embarazo. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ).

⁷. La Directiva dispone en su artículo 2 que "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" y "3. La presente Directiva no obstaculizará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad".

⁸. Así lo estableció el Tribunal de Justicia en la Sentencia Dekker, de 8 de noviembre de 1990, apartado 12.

⁹. En concreto se citan las Sentencias Habermann-Beltermann, de 5 de mayo de 1994; Webb, de 14 de julio de 1994 y Thibault, de 30 de abril de 1998.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 224/1999, DE 13 DE DICIEMBRE. ACOSO SEXUAL EN LA EMPRESA Y DERECHO A LA INTIMIDAD.

TEXTO DE LA SENTENCIA¹⁰

STC 224/1999, de 13 de diciembre, Sala 2ª. Ponente: D. Rafael de Mendizábal Allende.

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. 892/95, interpuesto por doña A. M. I. E., representada por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, y con la asistencia letrada de don José Luis Borrego Feijoo, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 9 de febrero de 1995. Ha sido parte, además del Ministerio Fiscal, don S.B.A., representado por la Procuradora doña Reyes Pinzas de Miguel, y asistido por el Letrado don Francisco Pazos Pesado. Ha sido Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala. (...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente proceso constitucional de amparo tiene como objeto, por una parte, la Sentencia que el 9 de febrero de 1995 dictó en suplicación la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y, por otra, la pretensión de su nulidad y la razón en que se funda o causa petendi, así como la oposición formulada de contrario, que acotan de consuno el ámbito en esta sede. No es ocioso en este lugar y en este momento ofrecer una panorámica esquemática de esas contrapuestas posiciones dialécticas para mayor claridad del razonamiento que ha de seguir. Pues bien, la demandante nos dice que tal decisión judicial vulneró su derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 C.E.) en cuanto no reparó las agresiones de naturaleza libidinosa que padeció --según su versión--, con menoscabo de su dignidad personal (art. 10.1 C.E.). La Sentencia impugnada habría consumado, a su juicio, una lesión de los derechos fundamentales afectados en un supuesto de "acoso sexual en el trabajo" y ello a través de una argumentación jurídica que en sí misma es lesiva del art. 14 C.E., por perpetuar estereotipos de conducta sólo exigibles a una persona en cuanto mujer. Más en concreto, denuncia que, habiendo sido víctima de ofensas físicas y verbales de significado claramente libidinoso por el empresario, frente a las cuales reaccionó siempre expresando su rechazo e incomodidad, tal y como se desprende de los hechos probados, la Sentencia impugnada consideró, sin embargo, que esa reacción no fue suficiente ni adecuada, induciendo de ello el carácter tolerado o consentido de tal conducta, por lo cual, reco-

nociendo que constituyó objetivamente acoso sexual, llegó a la conclusión de que, subjetivamente, la trabajadora no se sintió intimidada o agredida.

En la posición procesal contraria se sitúa, naturalmente, el presunto agresor que niega tal acoso porque su empleada, lejos de rechazar el comportamiento denunciado o simplemente soportarlo pasivamente, exteriorizó siempre una actitud amistosa hacia él, como revela el hecho, destacado en la Sentencia de suplicación, de haber comido juntas ambas familias en alguna ocasión. Por su parte, al Ministerio Público no le parece que se hubiera producido la pretendida lesión de derechos fundamentales, pues la conclusión más arriba mencionada a la cual llegó la Sala responde a una interpretación razonada y razonable de los hechos que dio por probados el Juez a quo.

2. La cuestión así planteada ante este Tribunal estriba en determinar si una trabajadora, como consecuencia de la conducta libidinosa del empresario, ha visto vulnerados sus derechos fundamentales y concretamente el que le garantiza la intimidad personal en el art. 18.1 C.E., pues en éste se inscribe el derecho a la protección del trabajador contra el conocido también como "acoso sexual" en el ámbito laboral por cuanto se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 C.E.), sin olvidar tampoco la conexión que en ocasiones pueda trabarse con el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, puedan afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres (art.14 C.E.). Es cierto que aquella norma constitucional no se ha invocado en ningún momento por su número ni por su nombre, pero no lo es menos que los hechos determinantes y el agravio que constituyen son suficientemente significativos por sí mismos y permiten, sin esfuerzo, identificar el derecho fundamental agredido con el soporte de la dignidad humana que se adujo siempre como raíz de la reacción judicial de la víctima. Esto ha de ser suficiente para nosotros y en tal sentido nos hemos pronunciado tantas veces que hace superflua la cita de los precedentes.

En efecto, una de las varias circunstancias que, como presupuestos de la admisibilidad de pretensión de amparo, sirven de protección a su talante subsidiario, como ultima ratio para garantizar los derechos fundamentales, cuya primera línea de defensa son los Jueces y Tribunales que componen el Poder Judicial, consiste en la alegación de haberse puesto en peligro o lesionado cualesquiera de aquéllos, el que se aduzca en sede judicial y cuya vulneración actúe como soporte de la protección que se pida al Tribunal Constitucional, para que el juzgador, en su ámbito propio, puede remediar por sí mismo la violación del derecho o libertad fundamental, a cuyo efecto ha de brindársele la oportunidad de tal subsanación, haciendo innecesario así el acudir al amparo. La protesta, denuncia o invocación ha de ser expresa y unívoca e inteligible pero no explícita necesariamente y aun cuando "formal", seria y consistente, se predica del derecho sedicente atacado, no del precepto constitucional que lo cobija y menos aun del ordinal en la Constitución o de su nombre en el lenguaje jurídico, nomen iuris. Preferir una lectura tal del requisito sería incurrir en el defecto de formalismo, corrupción de la forma cuya

¹⁰. El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito, y no tiene carácter auténtico.

JURISPRUDENCIA • TC •

función consiste en la garantía, que nunca puede ni debe volverse contra sí misma. No puede cerrarse la puerta, pues, a la eventualidad de que el tema se introduzca en el debate no ya implícita sino también tácitamente si se aduce el contenido con suficiente claridad en las alegaciones o se induce de la pretensión. Esto es lo que ha ocurrido en este caso, como pone de manifiesto la lectura de los antecedentes, desde la primera reclamación ante el Juez de lo Social hasta la demanda de amparo.

3. Comprobada, pues, la dimensión constitucional del problema en tela de juicio conviene iniciar el razonamiento jurídico desde el concepto que, según la terminología acuñada en la jurisdicción social, se conoce como "acoso sexual en el trabajo", para averiguar si se ha producido, o no, un atentado a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.). Esta primera delimitación conceptual dejaría a salvo, claro está, el diverso significado del acoso sexual tipificado como delito en el art. 184 del vigente Código Penal. Un paso más en ese camino nos lleva al ámbito del Estatuto de los Trabajadores donde se proclama su derecho a que sea respetada su intimidad y a recibir la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales, gestuales y físicas de tendencia libidinosa [art. 4.2 e)].

En el ámbito de esa salvaguardia queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otra condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo). En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo.

En resumen, pues, para que exista un acoso sexual ambientalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas.

4. En el presente caso la Sala de lo Social en su Sentencia negó que se hubiera vulnerado derecho fundamental alguno, aun cuando reconocie-

ra que "han existido unas conductas por parte del empresario que objetiva y teóricamente pudieran tipificarse dentro del marco de la agresión sexual, pero sin embargo, referidas a su alcance respecto al sujeto pasivo cual es la trabajadora, no han dado lugar a que ésta se sintiese afectada agredida o intimidada en su libertad sexual, ni mucho menos en su dignidad personal". En su opinión, la existencia de acoso sexual exige la concurrencia de un elemento esencial "cual es la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario". No habiendo sido ésta la reacción de la empleada, ésta --según la Sala--no se sintió víctima de tal agresión por el empresario, cuyo comportamiento era en efecto objetivamente tan grave como para configurar un supuesto de acoso sexual laboral, aun cuando no pudiera calificarse de indeseado, ya que existía una relación amistosa entre la trabajadora y su empleador en cuyo seno las insinuaciones de éste eran toleradas por aquélla y sólo a partir del momento en que recabó asesoramiento sobre sus derechos empezó a considerar intolerable tal situación, así como adolecer de un menoscabo de su salud mental.

Sin embargo, en el caso presente, atendiendo a la secuencia de los hechos probados y pacíficamente reconocidos por los protagonistas, no puede admitirse tal conclusión del Tribunal Superior, sin que la discrepancia suponga una revisión de la valoración de la prueba hecha por el juzgador, función privativa suya, sino una interpretación nuestra de ese relato a la luz de los valores constitucionales. Es cierto que, como se ha dicho más arriba, la configuración constitucional del acoso sexual, como atentado a la intimidad personal del trabajador (art. 18.1 C.E.), protege exclusivamente frente a comportamientos de significado libidinoso que no sean asumidos por la persona destinataria de los mismos. En tal sentido, como se sigue del código de conducta de la Recomendación de la Comisión ya citada, lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo. En consecuencia, parece razonable que, salvo casos extremos, una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto como ocurrió en este caso sin que en consecuencia quepa hablar de tolerancia por su parte. Debe ser rechazado, pues, el razonamiento judicial, que parece imponer al eventual afectado por un caso de acoso sexual la carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación predicada por la sobredicha Recomendación.

Por otra parte, pueden espigarse datos, en el relato de lo sucedido que revelan la reacción airada de la víctima frente a los primeros avances así como su incomodidad y desagrado ante los requerimientos del empresario, con indicios racionales de que tal conducta no era deseada ni deseable, como son el que comunicara lo sucedido no solo a compañeras en su anterior empresa (cuyos testimonios se recogen en el acta del juicio), y se quejara de ello a un amigo del propio empresario. En el mismo sentido debe interpretarse el hecho de que la empleada se dirigiera al Servicio de información y asesoramiento de los derechos de la mujer dependiente del Concello de Vigo para recabar asesoramiento jurídico y médico sobre la persecución de la cual se creía víctima y que iniciada la relación de trabajo en junio de 1994, ya en el mes de octubre planteara la reclamación en sede judicial. Sobre el empresario recaía entonces la carga de probar que su comportamiento fue alentado, consentido o al menos tolerado por la trabajadora, sin que a tal fin tenga eficacia persuasiva el que en alguna ocasión ambas familias almorzaran juntas o que el día de su onomástica ella invitara sin éxito a un café al empresario y a un amigo de éste.

5. Es claro, por tanto, que en el presente supuesto se dan los elementos definidores del acoso sexual. En primer lugar, no hay duda de que se produjo una conducta con tendencia libidinosa y, en concreto, tocamientos ocasionales o comentarios verbales de tal naturaleza. En segundo lugar, también ha quedado claro que la conducta no era deseada por la destinataria y finalmente que fue lo suficientemente grave, por su

JURISPRUDENCIA · TC ·

intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental de la trabajadora, generando así un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no sólo sentido como tal por la víctima, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal.

Las anteriores consideraciones conducen directamente a la concesión del amparo pedido por haberse vulnerado tal derecho fundamental de quien lo demanda, sin desconocer por ello, como se advirtió al principio, que el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 C.E.), presente siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación. No puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente se pretende cosificarla, tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal.

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 A. M. I. E. y, en consecuencia:

1º Reconocer que se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (arts. 10 y 18.1 C.E.)

2º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó el 9 de febrero de 1995, recaída en el recurso de suplicación núm. 320/95.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado". Dada en Madrid, a trece de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

COMENTARIO A LA STC 224/1999, DE 13 DE DICIEMBRE DE 1999

La Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999, de 13 de diciembre aborda por primera vez en la jurisprudencia del Alto Tribunal un supuesto de acoso sexual en la empresa desde la perspectiva de su confrontación con los derechos fundamentales de la trabajadora afectada.

El supuesto de hecho que da lugar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional es el siguiente: la actora, que presta sus servicios desde el día 1 de junio de 1994 para un video-club en virtud de un contrato de aprendizaje con una duración de seis meses, presenta el día 20 de octubre de 1994 una demanda sobre protección de derechos fundamentales contra dicha empresa y contra su propietario, denunciando ser víctima de acoso sexual por éste. El Juez de lo Social núm. 2 de Vigo dicta sentencia en la que estima parcialmente la demanda y declara la existencia de vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal de la actora. Presentado recurso contra dicha resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia revoca,

mediante sentencia de 9 de febrero de 1995, la sentencia de instancia y declara que, pese a haber existido conductas por parte del empresario que objetiva y teóricamente pudieran tipificarse en el marco de la agresión sexual, la misma no existió ni, por tanto, hubo lesión de los derechos fundamentales de la trabajadora. El motivo sería, a juicio del órgano judicial, la falta de concurrencia del elemento subjetivo que determina la existencia de acoso sexual, esto es, la ausencia de "negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada, al mantenimiento de la situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario", así como la existencia de una reacción inmediata mediante denuncia, planteamiento de una resolución de la relación laboral o los medios que estime oportunos. No considera justificación suficiente el que, hasta el momento en que recibió la trabajadora asesoramiento, no tuviera ésta conocimiento de sus derechos, al entender el órgano judicial que "ninguna asesoría precisa decirle a la mujer qué conductas son simples manifestaciones amistosas, y cuáles atentan velada o directamente a su intimidad sexual". La conclusión del Tribunal Superior de Justicia gallego es que las conductas del empresario no dieron lugar a que la trabajadora se sintiera afectada, agredida o intimidada en su libertad sexual, ni mucho menos en su dignidad personal, por lo que no estima vulnerado derecho fundamental alguno.

La recurrente presenta recurso de amparo frente a la mencionada resolución judicial, invocando para ello la lesión de su derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE), que se habría visto afectado por la falta de reparación de la vulneración de los derechos fundamentales afectados en el supuesto de acoso sexual sufrido, mediante una sentencia con una argumentación jurídica en sí misma lesiva del art. 14 CE.

Pese a la exclusiva invocación del mencionado precepto constitucional, el Tribunal Constitucional reconduce desde el primer momento el asunto a una vulneración del derecho a la intimidad personal de la trabajadora, del art. 18.1 CE, considerándolo subyacente en todo momento a su reacción judicial, basada en una lesión de su dignidad. Evita así una interpretación formalista de los requisitos de admisión del recurso de amparo a favor de una garantía y protección material del derecho fundamental en juego.

De este modo, para el Tribunal Constitucional, el derecho a la protección del trabajador contra el acoso sexual en el ámbito laboral se inscribe en su derecho a la intimidad personal, "por cuanto se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 CE)" (fundamento jurídico 2º).

La consideración del acoso sexual como una vulneración del derecho fundamental a la intimidad resulta coherente

con la doctrina elaborada por el Alto Tribunal en torno al mismo. Así, en diversas ocasiones el TC ha puesto de manifiesto que se trata de un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad, ligado a la propia existencia del individuo y derivado, sin duda, de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 CE; que implica la existencia "de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana"¹¹. Si, como ha señalado el propio TC, "Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico"¹², no se puede poner en duda que, en la actualidad, "la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados"¹³. Por ello, hoy en día, cualquier modalidad de agresión sexual debe ser considerado como un atentado contra el derecho fundamental mencionado.

Esta afirmación sustantiva tiene una consecuencia necesaria en el orden procesal: el Tribunal Constitucional debe tener competencia para pronunciarse, en el marco de la resolución de un recurso de amparo, acerca de posibles vulneraciones de este derecho. Debe tenerse en cuenta además que, aunque el recurso de amparo se configura en la LOTC como un procedimiento frente a lesiones de los derechos fundamentales procedentes de los poderes públicos, en palabras del propio Tribunal, "Esta violación puede producirse respecto de relaciones entre particulares, cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos"¹⁴.

En la elaboración de su concepción acerca del acoso sexual, el TC acude a la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y al art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (Fundamento jurídico 3).

Discrepa el TC con la sentencia del TSJ de Galicia acerca del modo en que la víctima del acoso debe mostrar su voluntad contraria a los actos que objetivamente lo conforman. Como acertadamente dispone el Fundamento jurídico 4.

En relación con la prueba del elemento subjetivo, relativo a la voluntad de la víctima, el TC sostiene que, probada la existencia de datos que revelen su incomodidad y desagrado ante la actuación del empresario, y dándose indicios racionales de que tal conducta no era deseada ni deseable (conversaciones con amigos propios o del empresario, visita al Servicio de información y asesoramiento de los derechos de la mujer, brevedad del período de tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta la presentación de la demanda), recae entonces sobre el empresario la carga de probar que su comportamiento fue alentado, consentido, o al menos tolerado por la trabajadora, lo que no se logra en este caso (fundamento jurídico 4).

Así pues, el TC, al entender cumplidos en el supuesto planteado los requisitos objetivos y subjetivos exigibles para hablar de acoso sexual en el ámbito laboral, otorga a la trabajadora el amparo por lesión de su derecho fundamental a la intimidad personal.

No abandona, sin embargo, el Tribunal completamente la perspectiva del derecho a la igualdad de la mujer, y reconoce "la conexión que en ocasiones pueda trabarse con el derecho a la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, puedan afectar todavía el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres" (fundamento jurídico 2º). En esta línea, concluye el TC su reclamando para sí un papel decisivo en la protección de la mujer frente a actos que atentan de un modo u otro contra su libertad sexual. El alcance material de su doctrina no se limita, por tanto, a los supuestos de acoso sexual en la empresa, sino que es susceptible de extenderse a las resoluciones judiciales que versen sobre delitos cometidos contra dicho bien jurídico. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ).

¹¹. STC 231/1988, de 2 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), f.j. 3. En el mismo sentido, SSTC 197/1991, de 17 de octubre (BOE 15 de noviembre), f.j. 3; 149/1994, de 9 de mayo (BOE de 13 de junio), f.j. 6.

¹². STC 171/1990, de 12 de noviembre (BOE de 30 de noviembre), f.j. 4.

¹³. STC 89/1987, de 3 de junio (BOE de 25 de junio), f.j. 2.

¹⁴. STC 18/1984, de 7 de febrero (BOE de 9 de marzo), f.j. 6.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 240/1999, DE 20 DE DICIEMBRE. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO EN LA DENE- GACIÓN DE EXCEDENCIA A FUNCIONARIA INTERINA PARA EL CUIDADO DE SU HIJO.

TEXTO DE LA SENTENCIA¹⁵

STC 240/1999, de 20 de diciembre de 1999. Sala 2ª. Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer

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. 2.897/95, interpuesto por doña M. G. R. C., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María José Millán Valero y defendida por el Letrado don Luis Suárez Machota, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 27 de junio de 1995, resolutoria del recurso núm. 384/95. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada por el Letrado de sus servicios jurídicos don Fernando Herrero Batalla. Ha sido Ponente el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer, quien expresa el parecer de la Sala. (...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión que debemos resolver en el presente proceso constitucional de amparo consiste en determinar si la denegación de la solicitud de la recurrente, funcionaria interina, de acogerse al régimen de excedencia para el cuidado de los hijos contemplado en el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en la versión dada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, vigente en el momento de la referida solicitud, luego modificada por el art. 2 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo), ha conculcado el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 C.E. y, muy especialmente, el derecho a no ser discriminado por razón de sexo establecido en el citado precepto constitucional.

Tanto la resolución administrativa que deniega la excedencia como el ulterior pronunciamiento judicial que confirma esta resolución fundan la 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 con los funcionarios de carrera. Ambas resoluciones, y en particular la judicial, añaden el argumento de que no se aporta término de comparación válido para apreciar la discriminación por razón de sexo, ya que no se menciona ningún caso "en que se haya otorgado a un funcionario varón, en sus mismas circunstancias, lo que la Administración Autonómica denegó a la actora"; sostienen que los funcionarios de carrera de ambos sexos pueden legalmente solicitar este tipo de excedencias, en tanto que esa posibilidad está vetada para los funcionarios interinos, con lo que en el plano normativo no hay discriminación. La Sentencia

concluye rechazando el "peculiar razonamiento estadístico" utilizado por la recurrente según el cual, olvidando lo establecido legalmente, "son sólo las mujeres quienes utilizan la excedencia por cuidado de hijos".

La actora dirige su recurso de amparo únicamente contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León; sin embargo, en este caso la pretendida vulneración del art. 14 C.E., de haberse producido, tendría su origen en la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León. La Sentencia impugnada sólo habría producido la lesión denunciada en la medida en que no reparó el quebranto producido por la Administración, pero no se alega contra la misma vulneración autónoma alguna de otros derechos fundamentales. Estamos, pues, ante un recurso de amparo de los previstos en el art. 43 LOTC.

La recurrente parte de la premisa de que la discriminación por razón de sexo puede derivarse no sólo de un tratamiento legal diferenciado de situaciones sustancialmente iguales, sino también indirectamente de una realidad social discriminatoria contraria al art. 14 C.E. que un tratamiento formalmente igualitario no repara. Los datos que demostrarían esta situación de discriminación radicarían, según la actora, en el hecho de que la mayoría de los médicos interinos dependientes del Servicio de Sanidad de la Junta son mujeres y, lo que es más significativo, que la práctica totalidad de quienes han solicitado la excedencia para el cuidado de los hijos son del sexo femenino. Constan en las actuaciones remitidas a este Tribunal sendos informes del Jefe del Servicio de Personal de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social y de la Directora General del Instituto de la Mujer del Ministerio de Asuntos Sociales en los que se corroboran estos extremos. A tales datos la recurrente añade el hecho de que las situaciones de interinidad, sobre todo en el ámbito de la sanidad, en la práctica se prolongan en el tiempo durante varios años, como cabalmente ha sucedido en su caso en el que cuando solicitó la excedencia llevaba más de cinco años en esta situación de supuesta interinidad. El Ministerio Fiscal, por su parte, vuelve a plantear en sus alegaciones, para rechazarla, la cuestión de la posible falta de agotamiento de los recursos procedentes al no haber interpuesto la actora un recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, a la luz de la STC 188/1994 podría considerarse pertinente y, en cuanto al fondo, propugna la desestimación de la demanda de amparo con el argumento de que no se aporta un término de comparación adecuado, ya que "no resulta idónea la comparación entre funcionarios titulares e interinos", ni se "demuestra que en caso de haber sido varón la excedencia hubiera sido concedida".

2. Antes de entrar a enjuiciar el fondo del recurso debemos referirnos a la cuestión de la posible falta de agotamiento de la vía judicial previa que suscita de nuevo en sus alegaciones el Ministerio Fiscal con cita de la STC 188/1994.

Pues bien, sin necesidad de analizar el alcance de la Sentencia citada -- que según se afirma en la STC 10/1998 ha sido "modulada" entre otras por la STC 125/1997--, para resolver la cuestión planteada basta señalar que el hecho de que este Tribunal en un caso concreto en el que se reivindicó un derecho fundamental por la vía de la Ley 62/1978 haya considerado constitucionalmente exigida la admisión a trámite del recurso de casación, no significa que, en los supuestos en los que no se ha inter-

¹⁵ El texto de esta sentencia se ha obtenido de la página web del Tribunal Constitucional, de acceso gratuito, y no tiene carácter auténtico.

puesto este recurso, debe considerarse automáticamente que no se han agotado los recursos procedentes ex art. 44 LOTC. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, el recurso de casación es un recurso sometido a rigurosos requisitos de admisión formales y materiales, por lo que en supuestos en los que quepan dudas sobre su procedencia no puede exigirse a los recurrentes en todo caso su interposición a los efectos del citado artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con las consecuencias negativas que para ellos pueden derivarse en caso de haberlo interpuesto siendo improcedente.

3. El enjuiciamiento del fondo de la cuestión planteada en este proceso constitucional de amparo debe partir de la constatación de que, a tenor de las disposiciones generales aplicables al caso, el legislador reconoce a los funcionarios, varones y mujeres, el derecho a un período de excedencia voluntaria no superior a tres años para el cuidado de los hijos con derecho de reserva del puesto de trabajo durante el primer año (art. 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en la redacción dada por la Ley 3/1989). Por su parte, el art. 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964), tras definir en su art. 5 a los funcionarios interinos como aquellos funcionarios de empleo "que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera", establece que "a los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción de derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas".

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

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

Sin embargo, en el presente supuesto se dan dos circunstancias que, en su concreta concurrencia o actuación conjunta, permiten concluir que, dadas las características particulares del caso, efectivamente la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 C.E.

4. En primer lugar debe tenerse presente que la razón última por la que se reconoce el derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos menores responde a la necesidad de cooperar al efectivo ejercicio del deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad (art. 39.3 C.E.) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguran la protección social de la familia (art. 39.1 C.E.). La previsión de la excedencia responde, pues, a principios y exigencias de relieve constitucional, aunque ciertamente no se proclama en nuestra Constitución ningún derecho a gozar de la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos, ni puede negarse, desde la perspectiva constitucional, la posibilidad de que el legislador reconozca el disfrute de este derecho al personal vinculado a la Administración de forma estable y en cambio lo niegue a aquellas per-

sonas que por motivos de urgencia y de necesidad del servicio lo desempeñan de forma provisional en tanto no se provean las plazas por funcionarios de carrera. El interés público de la prestación urgente del servicio puede, pues, en hipótesis, justificar la decisión de que quienes ocupan interinamente plazas de plantilla no puedan a su vez dejarlas temporalmente vacantes aunque sea para atender a bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia.

Sin embargo, 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, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 C.E. 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 interino 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". Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 C.E., sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la transcendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual.

Es más, en el presente supuesto esa vulneración del derecho a la igualdad conlleva, como hemos avanzado, un quebrantamiento del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, alegación en la que pone especial énfasis la recurrente.

5. En efecto, queda dicho, para la recurrente 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 en el laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en esta situación de interinidad. Concretamente, en el ámbito laboral la denegación de esta posibilidad supone un obstáculo muy importante a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Ello es así, no porque la legislación vigente conceda esta posibilidad sólo a los varones, sino por un dato extraído de la realidad social imperante, que sin duda debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar las reglas jurídicas, a saber: que, hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos y, en consecuencia, al serles denegado, prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo. Ello produce una discriminación por razón de sexo cuya corroboración, por sus mismas características, no requiere aportar como término de comparación la existencia de unos concretos varones a los que sí se haya otorgado esa excedencia para el cuidado de los hijos.

6. En relación con las alegaciones de la recurrente conviene advertir, en primer lugar, que este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que "la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 C.E.", que contiene un derecho y un "mandato antidiscriminatorio" (STC 41/1999), "comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfa-

JURISPRUDENCIA • TC •

vorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se 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" (STC 198/1996, fundamento jurídico 2º; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995). Así lo ha declarado también 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 los trabajadores (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 Bötöl o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

En segundo lugar, debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad in genere, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 C.E., no resulta en todo caso necesario aportar un tertium comparationis para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos supuestos los términos de comparación, lo que se compara, no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 C.E., en nuestro caso las mujeres.

Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial --STJCE de 27 de junio de 1990--, trabajadores con menos de dos años de permanencia en supuesto de trabajo --STJCE de 9 de febrero de 1999--, trabajadores con menos fuerza física, --STC 149/1991--, etc.) En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*, entre otras).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 C.E. debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 C.E. repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que "implica que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato ... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación --en este caso las mujeres--, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E." (STC 145/1991, fundamento jurídico 2º). Para ello deberá atender necesariamente a los "datos revelados por la estadística" (STC 128/1987, fundamento jurídico 6º). En este

mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).

7. Partiendo de esta perspectiva, de los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida y de los que se deducen de los informes que obran en las actuaciones remitidas a este Tribunal, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

La primera ha sido ya analizada y se refiere al hecho de que la legislación que regula las situaciones funcionariales de interinidad ha venido permitiendo una interpretación y aplicación de legalidad ordinaria, que en numerosas ocasiones, como la aquí enjuiciada, ha convertido lo que debía ser una relación en principio temporal, desempeñada provisionalmente por razones "de necesidad o urgencia" en tanto no se proveyesen por funcionarios de carrera, en una forma relativamente estable, aunque precaria, de acceso al mercado de trabajo. En estas circunstancias, la resolución de una relación funcionarial interina para poder cuidar de los hijos supone efectivamente un grave obstáculo a la permanencia en ese mercado de trabajo y, en consecuencia, un importante perjuicio para quien lo sufre.

En segundo lugar, también se ha puesto de manifiesto mediante el informe que obra en autos del Instituto para la Mujer, recogiendo datos facilitados por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que en la actualidad la abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres.

Estos datos permiten concluir que en efecto hoy por hoy, en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuando así la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2º).

A una conclusión parecida llegamos en la STC 109/1993 en un supuesto que guarda alguna relación con el caso aquí enjuiciado. En la mencionada Sentencia, relativa a las excedencias para la lactancia de los hijos menores de nueve meses, con cita de la STC 128/1987, se partía de la premisa de que con ellas "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 con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones) ... [pues] 'existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él'" (fundamento jurídico 6º); esta constatación era, precisamente, la que permitía concluir con la declaración de la constitucionalidad de una medida que atribuía a las mujeres --y sólo a ellas-- la posibilidad de solicitar el referido permiso de una hora de ausencia del trabajo para la lactancia de los hijos.

Es lo cierto que en el presente caso no juzgamos la constitucionalidad de una medida de discriminación o, más exactamente, de acción positiva legalmente establecida a favor de la mujer. Sin embargo, constatado que en este caso la denegación de la excedencia para el cuidado de los hijos produce efectivamente una discriminación para la mujer y que afecta a un bien tan importante como la permanencia en el trabajo, debemos concluir que la referida denegación supone un trato discriminatorio por razón de sexo.

En términos parecidos nos hemos manifestado con otros supuestos también enjuiciados por este Tribunal en los que la posición de desigualdad afecta sólo a las mujeres y no deriva de la ley sino de la realidad social del momento en el que aquélla se aplica. Este es el caso, por ejemplo, de las situaciones derivadas del embarazo o de la maternidad. En estos supuestos el Tribunal Constitucional ha mantenido la doctrina de que el art. 14 C.E. prohíbe que esas circunstancias, que por obvias razones biológicas afectan sólo a las mujeres --y en los que, por tanto, tampoco cabe exigir como término de comparación a la situación de los varones--, puedan ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, perpetuando una grave discrimi-

JURISPRUDENCIA • TC •

minación que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2°).

Así, por ejemplo, se ha descalificado, por desconocedor de las exigencias de no discriminación por razón de sexo, la ausencia de motivación en la decisión empresarial de poner fin a una relación laboral en período de prueba, cuando la trabajadora había puesto en conocimiento de la empresa su estado de embarazo (STC 166/1988, fundamento jurídico 5°), en coherencia con las de distribución de la carga de la prueba que han de aplicarse en estos supuestos, conforme a reiterada doctrina constitucional (por todas, SSTC 38/1981, 103/1983 y 104/1983). Asimismo, y en relación con un caso en que se dilucidaba la corrección de la no renovación de un contrato temporal de una mujer embarazada, se ha afirmado que el simple ejercicio de un acto de libertad por el empresario al margen del contrato de trabajo no enerva per se la denuncia de discriminación, en la medida en que "la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que, a la luz de los hechos declarados probados, ha sido un motivo prohibido por discriminación el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de la aplicación del art. 14 C.E. y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación" (STC 173/1994, fundamento jurídico 3°).

En el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible como sucede en los supuestos de embarazo o maternidad, en los que además está en juego el art. 39.2 C.E. --según se apunta en la STC 109/1993--; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por conyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica, se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarias de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo, aunque hayan ocupado su plaza durante un largo período de tiempo, perpetuando así "diferenciaciones históricamente muy arraigadas" que conllevan una situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2°). Así, pues, en la actualidad debe admitirse que denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo.

Esta discriminación, además, como hemos reiterado, no puede justificarse por la intensidad de la relación que une a los funcionarios interinos con la Administración, ya que, sin entrar en mayores consideraciones, no puede alegarse esta circunstancia en una relación cuya duración supera con creces los cinco años.

8. De cuanto llevamos dicho se deduce que la denegación de la solicitud de excedencia para el cuidado de los hijos, derivada de la concreta situación de interinidad de la recurrente, ha conculcado su derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 C.E. De esta conclusión no cabe deducir, sin embargo, que la única forma de superar la situación discriminatoria apreciada sea estableciendo medidas de acción positiva que protejan tan sólo a las mujeres, puesto que caben otras soluciones posiblemente más acordes con la necesidad de evitar la perpetuación de la división sexista de las labores familiares; sin embargo a los limitados efectos de la resolución de este proceso constitucional de amparo basta con declarar la vulneración del derecho a la igualdad de la recurrente y anular las resoluciones impugnadas al haber realizado una interpretación y aplicación del art. 29 de la Ley 30/1984, en relación con el art. 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964), contraria a dicho precepto constitucional.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

- 1° Declarar que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 C.E.).
- 2° Restablecerla en su derecho y, a este fin, anular la Sentencia, de 27 de junio de 1995, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, resolutoria del recurso núm. 384/1995, así como la Resolución, de 2 de enero de 1995, de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León, objeto de impugnación en el antedicho proceso.

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

Dada en Madrid, a veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2.897/95.

1. Con el mayor respeto para los Magistrados que con su voto mayoritario han dado lugar a la Sentencia dictada en este recurso de amparo, y haciendo uso del derecho establecido en el art. 90.2 de la LOTC, expreso en este Voto particular mi disenso de la misma.

Estimo, contra el parecer mayoritario que ha dado lugar a la Sentencia, que la denegación a la recurrente de la excedencia para el cuidado de hijos no tiene el carácter discriminatorio que se le atribuye en aquélla, ni tiene que ver con la condición femenina de la demandante de amparo.

Creo que lo suscitado en el proceso a quo es un puro problema de legalidad ordinaria, consistente en si los funcionarios interinos son titulares del derecho de excedencia para el cuidado de hijos. Tanto la resolución administrativa por la que se le denegó a la recurrente, como en la Sentencia del recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra aquélla (cuya Sentencia es el objeto directo del presente recurso de amparo), lo han resuelto en sentido negativo, diferenciando la situación de los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera, con una argumentación que, al margen de la crítica que, en su caso, pudiera merecer en el plano de la legalidad ordinaria, no contiene ningún elemento revelador de un tratamiento peyorativo ante la Ley de las mujeres respecto a los varones.

No cuestiono la doctrina aludida en la Sentencia sobre la discriminación indirecta, sino su aplicación al caso actual, que se asienta sobre unos elementos básicos que considero inadecuados (la concreta duración de la situación de interinidad de la recurrente y la casi exclusiva utilización por las mujeres de la situación de excedencia para el cuidado de hijos), sobre los que se desarrolla una argumentación, que no me parece suficientemente sólida.

La Sentencia acepta en línea de principio (fundamentos jurídicos 3° y 4°) la posible constitucionalidad de la diferenciación entre funcionarios de carrera e interinos a efectos de la titularidad del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos, y la negación de ese derecho a los últimos. En ese primer momento argumental la Sentencia no da ninguna significación relevante ala condición masculina o femenina de los que reclaman el cuestionado derecho. Es en relación con la situación concreta de una interinidad de larga duración, cuando se da entrada a la condición femenina como referente de discriminación.

La mezcla del dato de la duración anómala de la interinidad con el de la utilización casi exclusiva de la excedencia para el cuidado de hijos por las mujeres me parece que introduce en la argumentación un factor de artificiosidad.

Si tratándose de funcionarios de carrera los términos del art. 29.4 Ley 30/1984 (en la redacción dada por la Ley 3/1989), son inequívocos en la referencia del derecho tanto al padre como a la madre, lo que elimina cualquier tacha posible de discriminación por razón de sexo; y si, tratándose de funcionarios interinos en la situación legal genuina de los mismos, la Sentencia acepta la exclusión de la excedencia, sin plantear

JURISPRUDENCIA • TC •

respecto a ella su posible significado de discriminación por razón del sexo, no es lógico que el dato de la anómala duración de la excedencia, como constitutivo de una situación intermedia entre las referidas, pueda tener la virtualidad de ser el soporte de una discriminación por razón de sexo, que no se da en ninguna de las dos situaciones genuinas entre las que se inserta.

En un plano de mera legalidad podría resultar explicable una argumentación según la cual se asimilase la situación anómala de una interinidad de la larga duración de la del caso (cinco años) con la situación legal de funcionario de carrera, a los efectos de equipararlas en orden al disfrute de la excedencia, reconociéndoselo al solicitante, a la solicitante en este caso, por su exclusiva condición de funcionario, y no por la de mujer. Pero ni para esa asimilación hipotéticamente posible entraría en juego la condición femenina, ni por el hecho de su rechazo tal condición puede convertirse en elemento relevante.

Si la argumentación de la Sentencia no salvase, como hace, la situación genuina de interinidad, refiriendo también a ella la discriminación por la casi exclusiva utilización de la excedencia por las mujeres, tal argumentación resultaría coherente; pero no lo es, cuando la discriminación se justifica por la anómala duración de la interinidad, pues ese factor de anomalía no me parece que pueda hacer injustificable lo que se justifica en las situaciones regulares de interinidad: la mayor proyección sobre las mujeres.

La Sentencia de la que disiento creo que se confunde al valorar el significado de la anómala duración de la situación de interinidad de la recurrente, pues, independientemente de esa anomalía, lo que cuenta no debe ser tanto su tiempo de duración hasta el momento de solicitud de la excedencia (inexplicable en el régimen legal de la función pública), cuanto su precariedad consustancial hacia el futuro, al estar condicionada por la regular provisión de la plaza interinada por un funcionario de carrera, y al no tener por tanto ninguna garantía de proyección temporal ulterior.

El modo en que se razona en la Sentencia, al hacer del factor de duración de la interinidad la clave de la solución, supone potenciar desde la perspectiva constitucional una situación que es en sí, en buenos términos de legalidad ordinaria, inaceptable.

La paradójica consecuencia de nuestra Sentencia es que a situaciones legalmente irregulares, como las de interinidades de larga duración, se les viene a reconocer un contenido de derechos, que no tiene inconveniente en negar a las situaciones regulares de interinidad que les sirven de marco legal.

2. Con todo, la razón fundamental de mi discrepancia se refiere a la aplicación de nuestra doctrina acerca de la lucha contra la discriminación por razón de sexo, en la que en este caso se avanza un paso más, que considero excesivo.

Hasta ahora nuestra referida doctrina, directamente influenciada por la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, venía proclamando la existencia de discriminación por razón del sexo, cuando una determinada norma o aplicación de ésta afectaba de modo peyorativo a las mujeres en proporción significativamente mayor que a los hombres, aceptando para establecer tal hecho datos estadísticos, y siempre que la medida en cuestión no tuviese una justificación objetiva y razonable al margen de la condición femenina.

El elemento novedoso de la Sentencia lo veo en el hecho de que se minimiza en ella la última salvedad, y en que el dato estadístico utilizado no respeta las pautas al respecto indicadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En realidad la Sentencia se contenta con el hecho de que, según las certificaciones aportadas a los autos, en el sector de la sanidad el personal interino en su mayoría lo integran las mujeres y que son solo éstas las que solicitan la cuestionada excedencia. Pero este dato estadístico, si se quiere seguir, como hace la Sentencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, me parece insuficiente habida cuenta del reducido campo de comprobación estadística.

Si se advierte que lo que se está enjuiciando es la aplicación del art. 29.4

Ley 30/1984 (en la redacción dada por la Ley 3/1989), dicho campo debe abarcar a todo el ámbito de aplicación de esa norma, y no a un sector concreto como el de la sanidad.

Sobre el particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de febrero de 1999 (Seymour-Smith y Laura Pérez) contiene una muy precisa pauta acerca de la prueba de "pertinencia estadística", exigiendo su referencia a todo el Estado, y no a las afectadas en el caso concreto. Bueno es transcribir al respecto en lo pertinente los apartados 57 y 59 de dicha Sentencia:

"57. La Comisión, por su parte, propone una prueba de 'pertinencia estadística', según la cual las estadísticas deben constituir parámetros de comparación apropiados y el órgano jurisdiccional nacional debe velar por que dichas estadísticas no queden desnaturalizadas por aspectos específicos del caso concreto. La existencia de estadísticas significativas basta para demostrar una repercusión desproporcionada y para que la carga de probar una justificación recaiga sobre el autor de la medida presuntamente discriminatoria".

"59 ... No basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y femeninos en dicho Estado miembro" [los subrayados, míos].

Para adecuarnos a la referida doctrina, la Sentencia no debió conformarse con una estadística referida a un sector concreto, sino que debió exigir que el campo de la misma fuese el del ámbito de aplicación del art. 29.4 Ley 30/1984. No me parece, pues, que el dato estadístico tomado en consideración por la Sentencia y que constituye una base esencial de su argumentación, tenga la terminante relevancia que se le ha atribuido.

En cualquier caso, y aun en el no probado de que la estadística hubiera sido correctamente establecida, y demostrativa sin quiebras de la proyección negativa de la medida sobre las mujeres casi en exclusiva, creo que tal hecho no es por sí solo constitutivo de un tratamiento discriminatorio, si el mismo tiene una justificación objetiva y razonable. Me parece que la Sentencia, imprudentemente a mi juicio, se ha contentado con la mayoritaria repercusión negativa sobre las mujeres, minimizando, hasta un punto que considero incorrecto, la relevancia de la razón diferencial del trato entre funcionarios de carrera e interinos.

En las bases esenciales tanto de nuestra jurisprudencia sobre discriminaciones indirectas por razón de sexo, como de la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el dato estadístico es solo el signo aparente de la discriminación, no el hecho constitutivo de la misma. El error de nuestra Sentencia consiste, a mi juicio, en que en la práctica ha convertido el dato estadístico en el hecho de la discriminación, prescindiendo de la razón aducida, a mi juicio, suficiente, para explicar en términos de razonable neutralidad respecto del elemento género o sexo la diferencia de trato entre funcionarios de carrera e interinos en orden al disfrute de la situación de excedencia para el cuidado de hijos.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es muy claro e insistente al proclamar que si existe una justificación objetiva y razonable de la medida en cuestión, aunque afecte de modo mayoritario a las mujeres, este último dato no supone de por sí la existencia de discriminación por razón de sexo. Al respecto basta con que nos refiramos, transcribiéndolo, al apartado 69 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de febrero de 1999, en la que se alude a otras del propio Tribunal:

"69. Pues bien, es jurisprudencia reiterada que, si un Estado miembro puede probar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de su política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin, el mero hecho de que la disposición legal perjudique a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores no puede ser considerado como infracción del artículo 119 del Tratado (véanse, en especial, las Sentencias de 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheffel, C-444/93, Rec. I-4741, apartado 24, y Freers y Speckman, [de 7 de marzo de 1996, C-278/93, Rec. I-1165], apartado 28)".

En esa Sentencia la argumentación transcrita no constituye la ratio deci-

dendi, sino solo un obiter dicta, mientras que en la Sentencia aludida en ella del asunto C-444/93 esa consideración es la auténtica ratio del caso, en el que, pese a la probada mayor afectación a las mujeres que a los hombres de la medida entonces cuestionada, se acaba proclamando que no tiene sentido discriminatorio. Es contundente al respecto su apartado 32, en el que, después de exponer el contenido de la norma entonces cuestionada, se dice que "no constituyen una discriminación por razón de sexo, aunque dichas disposiciones afecten a muchas más mujeres que a hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo".

En el caso actual creo que la razón aducida para justificar la diferencia de trato entre funcionarios de carrera e interinos es de indudable objetividad y razonabilidad, al margen de que la interpretación de la legalidad ordinaria que en ella se manifiesta, sobre cuya corrección no nos corresponde pronunciarnos. No es ni mucho menos irrazonable, desde la óptica del art. 14 C.E., el supeditar la situación de excedencia para el cuidado de hijos al dato de la estabilidad y proyección indefinida en el tiempo de la relación funcional, lo que es solo propio de la de los funcionarios de carrera y no de los de empleo, y más en concreto entre ellos de los interinos. Que se considere como presupuesto conceptual de la situación de excedencia (cualquiera que sea su causa), la permanencia en la función, no puede decirse que carezca de lógica. E igualmente lógico resulta (lo que no quiere decir que yo proclame por mi parte que la interpretación de la ley deba ser ésa, extremo sobre el que me parece oportuno evitar pronunciarme) una interpretación según la cual, al exceptuarse en el art. 105 de la Ley de Funcionarios (Texto articulado aprobado por Decreto 315/1964) el "derecho a la permanencia en la función", falta el presupuesto lógico indispensable para que pueda entrar en juego la situación de excedencia.

En esencia esta situación (con o sin reserva de puesto es indiferente, debiendo tenerse en cuenta sobre el particular la recentísima modificación del art. 29 de la Ley 30/1984 por la Ley 39/1999, de 5 de diciembre) consiste en el derecho del funcionario a retornar a la función pública al fin del período de excedencia; y tal derecho resulta incompatible con el hecho de que, en el marco temporal de una regular situación de interinidad, la relación funcional habrá quedado extinguida antes de la conclusión del período de excedencia, según lo dispuesto en el art. 104.2 de la Ley de Funcionarios, habida cuenta de la cadencia, al menos anual, de los procedimientos para la cobertura de vacantes.

El negar a los interinos el derecho a la excedencia responde así, en términos de la referida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a un objetivo ordenador perfectamente discernible, en relación con el cual la medida resulta justificada. Y no lo es, por el contrario, que la clave de la discriminación deba operar el efecto de una transformación del sentido de la interinidad, atribuyéndole la virtualidad de introducir un sentido de permanencia en la función, impropio de dicha situación.

3. Finalmente, no me parece constitucionalmente correcta la utilización que se hace del cometido familiar de la mujer, para apoyar en él la existencia de la discriminación. Tal modo de argumentar parte de un arrastre inequívoco de un reparto de papeles en la familia entre el varón y la mujer, contra el que se viene pronunciando la doctrina antidiscriminatoria.

Desde ella no cabe apoyarse en el dato social, aun indudablemente vigente, de la existencia de la asunción mayoritaria de ese papel por las mujeres, pues ese fenómeno en estas postrimerías del siglo no es un efecto necesariamente derivado de la condición femenina, como lo es el parto, respecto del que el ordenamiento jurídico deba, so pena de discriminación, reaccionar para evitar los efectos negativos sobre las mujeres, sino que es una opción libremente asumida por éstas. Sobre esa

base, si bien es lógico no desconocer las realidades sociales, y en función de ellas es justificable que se adopten medidas de acción positiva para facilitar la conciliación de las funciones laborales y las familiares (como ha hecho la Ley 39/1999), que vendrían a beneficiar prioritariamente a las mujeres, al ser ellas las que, por ese modo socialmente aun vigente de distribución de cargas familiares, vienen asumiéndolas, ello no supone que la no adopción de esas medidas, y las consecuentes dificultades derivadas de su inexistencia, impliquen un hecho de discriminación por razón del sexo, vulnerador del art. 14 C.E., otorgando a la mujer un derecho fundamental para impugnar la negación de un derecho, que tiene una correcta justificación constitucional por consideraciones ajenas al género o sexo.

Aprecio una cierta paradoja en la Sentencia, cuando la discriminación imputada a las resoluciones recurridas se sustenta a la postre en el dato social del diferente papel de mujeres y hombres en el cuidado de los hijos.

Todo lo expuesto me lleva a la conclusión de que en el caso actual no existe discriminación por razón de sexo; por lo que el recurso debía haber sido desestimado.

Madrid, veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

COMENTARIO A LA STC 240/1999, DE 20 DE DICIEMBRE

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 240/1999, de 20 de diciembre, el Alto Tribunal resuelve un recurso de amparo articulado en torno al derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de sexo, y, más concretamente, un supuesto de discriminación indirecta.

La recurrente, que era médico interino desde 1990, impugnó mediante recurso de amparo la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 27 de junio de 1995, por la que se desestima el recurso presentado por ella frente a la Resolución de 2 de enero de 1995 de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León¹⁰. Esta última resolución había rechazado la solicitud de excedencia voluntaria de la actora para el cuidado de su hija, por entender que la misma no era compatible con la necesidad o urgencia que caracteriza la prestación del servicio realizado por un funcionario interino, y que el sistema de excedencias legalmente establecido estaba previsto exclusivamente para los funcionarios de carrera. La sentencia impugnada aduce también la falta de aportación por la recurrente de un tertium comparationis, necesario para apreciar un supuesto de discriminación por razón de sexo. El término de comparación, en este caso -entiende la resolución judicial-, debería venir constituido por un caso en el que se hubiera concedido a un funcionario interino varón tal excedencia.

Por su parte, la actora alega vulneración del art. 14 CE, en la vertiente de discriminación por razón de sexo. La dis-

¹⁰ El TC reconduce el objeto del recurso a la propia resolución administrativa que rechaza la solicitud, por la vía del art. 43 LOTC.

crimación resulta, a su juicio, indirectamente, de la existencia de una realidad social discriminatoria, que no es reparada por un tratamiento formalmente igualitario. Los datos que se alegan muestran que, tanto la mayoría de los médicos interinos dependientes del Servicio de Sanidad de la Junta de Castilla y León, como la práctica totalidad de los que solicitan la excedencia, son mujeres, por lo que el criterio adoptado por la Administración para la denegación de la excedencia repercute de forma casi exclusiva sobre éstas.

En la medida en que el argumento aducido por la Administración para el trato desigual no guarda en apariencia relación alguna con el sexo de la recurrente, la discusión debe centrarse en la existencia de una situación de discriminación indirecta. Ésta hace referencia, en palabras del propio TC, a "los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo." Ciertamente, nos encontramos en este supuesto ante un tratamiento formalmente no discriminatorio - el derecho a la excedencia no se reconoce en general a los interinos, con independencia de su sexo-, pero que, tal y como alega la recurrente, causa un impacto diferenciado en función del sexo y desfavorable para la mujer, toda vez que es ésta la que, en realidad, se ve afectada de modo casi exclusivo por el criterio adoptado.

Dándose en principio los requisitos para poder hablar de discriminación indirecta, se ha de analizar la posible justificación del trato diferenciado. En este punto, el TC desautoriza el argumento empleado en la resolución administrativa objeto del recurso. Para la Administración, como hemos visto, la necesidad y urgencia que concurren en el servicio para el que se contrata a los primeros impide la extensión a ellos de la excedencia. Por el contrario, el TC considera que esta explicación pierde su fundamento en casos como el que se plantea, en los que la situación de interinidad dura más de cinco años. De esta forma -concluye el Alto Tribunal- carece de justificación el trata-

miento jurídico diferenciado entre interinos y titulares en relación con el disfrute de un derecho legal -el de obtención de una excedencia-, que se vincula al desarrollo del principio rector que ordena a los poderes públicos asegurar la protección social de la familia (art. 39.1 CE), y que tiene otra base constitucional en el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad (art. 39.3 CE).

Otro elemento novedoso en la sentencia que analizamos es la respuesta que ofrece el Tribunal a la falta de aportación por la recurrente -alegada por la Administración- de un término de comparación, requisito generalmente exigido por el TC para apreciar una discriminación. Al respecto, señala el Tribunal que cuando el trato discriminatorio que se recurre resulta de alguno de los motivos expresamente mencionados en el art. 14 CE, y, sobre todo, cuando se está ante un supuesto de discriminación indirecta, este tertium comparationis puede no ser necesario. En estos casos, es suficiente con que "exista, en primer lugar, una norma o interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas" y, "en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social" (fundamento jurídico 6).

Si la falta del último requisito mencionado ha sido analizada ya con anterioridad, sobre el primero afirma el Tribunal que "en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuando así la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral" (fundamento jurídico 7)¹⁰. El TC, para no dejar dudas acerca de la relevancia del sexo en el caso analizado, viene a compararlo con los supuestos de discriminación que derivan de la utilización de circunstancias que por razones biológicas afectan sólo a las mujeres, como obstáculos para el acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo. En ambos casos, la afectada es la mujer,

⁹. STC 145/1991, BOE de 22 de julio, fundamento jurídico 2.

¹⁰. El Voto Particular, formulado a la sentencia por el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, critica en su primer punto la falta de relevancia que, a su juicio, tiene en el supuesto el sexo de la afectada. En su opinión, "Si tratándose de funcionarios de carrera los términos del art. 29.4 Ley 30/1984 (en la redacción dada por la Ley 3/1989), son inequívocos en la referencia del derecho tanto al padre como a la madre, lo que elimina cualquier tacha posible de discriminación por razón de sexo, y si, tratándose de funcionarios interinos en la situación legal genuina de los mismos, la Sentencia acepta la exclusión de la excedencia, sin plantear respecto a ella su posible significado de discriminación por razón de sexo, no es lógico que el dato de la anómala duración de la excedencia, como constitutivo de una situación intermedia entre las referidas, pueda tener la virtualidad de ser soporte de una discriminación por razón de sexo, que no se da en ninguna de las dos situaciones genuinas entre las que se integra".

¹¹. Para el Voto Particular, "El error de nuestra Sentencia consiste (...) en que en la práctica ha convertido el dato estadístico (...) en el hecho de la discriminación, prescindiendo de la razón aducida (...) para explicar en términos de razonable neutralidad respecto del elemento género o sexo la diferencia de trato entre funcionarios de carrera e interinos en orden al disfrute de la situación de excedencia para el cuidado de hijos." (Argumento segundo).

JURISPRUDENCIA • TC •

con independencia de que, en uno, esa afección tenga una causa biológica y, en otro, social, y sin perjuicio de que, en el supuesto que nos concierne, la medida pueda repercutir ocasionalmente en hombres. En ambos supuestos también, la medida contribuye a perpetuar la discriminación que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito laboral y social. Por último, en ninguno de los dos casos cabría exigir a la recurrente un elemento de comparación, en el que el afectado en las mismas condiciones fuera un varón. En definitiva, la sentencia que comentamos constituye un nuevo avance de nues-

tro Tribunal Constitucional en la consecución de una igualdad real entre hombre y mujer, en la medida en que centra su juicio en los efectos que una determinada interpretación de la ley produce sobre la situación socio-laboral de ésta.

En esta línea, estima suficiente para conceder el amparo por discriminación por razón de sexo el que dicha interpretación contribuya en realidad, dada su mayor proyección sobre las trabajadoras, a perpetuar su situación, claramente desfavorable, en el mercado de trabajo. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 20 DE OCTUBRE DE 1999. PERMANECER MIRANDO UNA VIOLACIÓN MÚLTIPLE NO CONSTITUYE UN DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS 20 OCTUBRE 1999. SALA DE LO PENAL.
PONENTE: D. EDUARDO MÓNER MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los tres motivos del recurso de A. H. M., desde distintos puntos de vista plantean el mismo tema, esto es, la no participación del recurrente, en los delitos de agresión sexual por los que fueron condenados los otros coacusados, si bien en el primero, se alega al amparo del artículo 5.4 vulneración del principio de presunción de inocencia, en el segundo, con cita del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce aplicación indebida de los artículos 178, 179 y 180.2 del Código Penal, en relación con el artículo 28.1 del propio Cuerpo Legal; y en el tercero, con invocación del mismo precepto procesal se arguye aplicación indebida de los mismos artículos del texto punitivo, sólo que con referencia al núm. 2 del propio artículo 28 citado, por lo cual, se estudiarán conjuntamente.

Tiene declarado esta Sala que, en relación con los delitos de agresión sexual, la Doctrina Jurisprudencial viene sosteniendo que es cooperador necesario del artículo 28 b) del Código Penal, aquel que contribuya o coadyuve al acceso carnal ajeno, aportando un esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima -Tribunal Supremo Sentencias 22 febrero 1994 (RJ 1994, 1110)-, y también, que a fin de cubrir la totalidad de la significación antijurídica de las diferentes conductas implicadas en esta clase de hechos, entiende que debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos actos de violaciones múltiples, porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la mencionada figura de la cooperación necesaria del núm. 3º del artículo 14 del Código Penal anterior (RCL 1973, 2255 y NDL 5670) y artículo 28 b) del Código Penal vigente (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) -cfr. Sentencias de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991, 974), 6 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1025), 12 de junio del mismo año (RJ 1992, 5208), 23 de enero de 1993 (RJ 1993, 491), 24 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3947) y 3 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1823)-.

Aplicando tal doctrina al caso debatido, el recurrente conforme al relato fáctico, no realizó ninguna agresión sexual como autor directo por lo que la condena que se efectúa en la parte dispositiva de la Sentencia, en tal carácter no es correcta, contradiciendo además la argumentación que se efectúa en el fundamento de derecho cuarto de dicha resolución, en donde se califica su conducta a título de cooperador necesario, pues presenció las agresiones cometidas por los otros coacusados, coadyuvando con su presencia en el lugar donde tuvieron lugar aquéllas, a la intimidación y amedrantamiento de la víctima. Ahora bien, si bien la doctrina de esta Sala citada, considera cooperador necesario no sólo el que coadyuva al acceso carnal de otro mediante la aportación del esfuerzo físico encaminado a doblegar la voluntad de resistencia de la víctima, sino también los que en la realización de un plan conjunto llevan a cabo una acción en cuyo desarrollo se efectúa la violación, así como en caso de no

existir un plan preordenado, los que con conciencia de la acción que se realiza, determina con su presencia un efecto intimatorio ambiental sobre la víctima de la agresión materialmente realizada por otro agente, nada de eso ocurre en el supuesto que se examina, pues ni aportó esfuerzo físico alguno para la consumación de las agresiones llevadas a cabo, ni consta acreditado un plan preordenado al que el recurrente hubiese prestado su asentimiento o hubiese intervenido en su organización, y aunque estuvo "de pie parado mirando lo que ocurría", su sola presencia no pudo favorecer la intimidación o incrementar el temor de la víctima, ya que estaban presentes otras cuatro personas, los acusados, autores directos cada uno de ellos de una agresión sexual, que era suficiente para provocar el miedo o la intimidación en la víctima, sin que su sola presencia pasiva aumentara aquéllos. En consecuencia, procede casar y anular la Sentencia de instancia en tal particular, dictándose a continuación la procedente.

SEGUNDO.- El cuarto motivo del recurso, único referido al otro impugnante H. I., se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y APNDL 2875), derecho a la presunción de inocencia. El mismo ha de rechazarse, ya que tanto la declaración de la víctima en el plenario, como la identificación previa en rueda de los agresores, enerva dicha presunción interina de inculpabilidad, al ser valorada las mismas en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia impugnada, por el único Tribunal facultado para ello, sin que pueda verificarse una censura a tal ponderación por el recurrente, vedado en trámite casacional.

Concretamente y en relación con el testimonio de la víctima, esta Sala tiene declarado que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse, que para fundamentar una Sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º) verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio-declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim)-, en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; 3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de septiembre de

1988 (RJ1988, 7070), 26 de mayo y 5 de junio de 1992 (RJ 1992, 4487 y 4857), 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8795), 27 de abril y 11 de octubre de 1995 (RJ 1995, 3381 y 7852), 3 y 15 de abril de 1996 (RJ 1996, 2866 y 3701), 16 febrero 1998 (RJ 1998, 1740) y 8 junio 1998 (RJ 1998, 5989).

El testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el juzgador y le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de credibilidad cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia (SS. 5-3 y 14-5-1994 [RJ] 1994, 6605 y 32921 y 22-3-1995 [RJ] 1995, 45621)). La finalidad perceptiva que otorga el principio de inmediación a las declaraciones de los que normalmente tienen en aquéllos la doble cualidad de únicos testigos-víctimas, propicia una específica y atenta ponderación circunstanciada que, por un lado, aparece si cabe como más rigurosa y exigente en lo que a la fiabilidad se refiere y, de otro, sugiere prestar una extremada atención a los detalles de lugar, tiempo y modo que, como datos objetivos complementan la constatación narrativa que, en casos como el presente, ofrecen la versión prestada por la agredida, complementadas por las declaraciones testimoniales y los reconocimientos practicados, todos ellos, debidamente analizados por el Tribunal "a quo" conducen a declarar injustificado el motivo y su consecuente desestimación, pues en el presente supuesto la afirmación inculpativa de la Sala una vez ultimado su global proceso valorativo han de tenerse por cumplidas las notas que tratan de asignar la garantía de certeza de las declaraciones de las víctimas de este tipo de delitos señaladas, entre otras, en la Jurisprudencia de esta Sala, ya citada.

En orden a las ruedas de reconocimiento cuestionadas en el recurso, es criterio reiterado de esta Sala que la diligencia de reconocimiento en rueda constituye una específica prueba sumarial que no se puede practicar en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea. Esta Sala igualmente ha reconocido la virtualidad de esa diligencia practicada en las dependencias policiales, a presencia de letrado, cuando ha sido ratificada en el Juzgado de instrucción y posteriormente en el acto del juicio oral por la persona que ha intervenido en la misma, identificando, sin duda, como sucede en este caso, a los autores de los hechos enjuiciados. Así se han manifestado, entre otras, las Sentencias de 7 de octubre y 10 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 7015 y 9129) que declaran la validez de la diligencia de Reconocimiento en rueda de detenidos practicada en Comisaría y en presencia de letrado, como actividad probatoria de cargo, siempre que se cumplan las previsiones de los artículos 368 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sea posteriormente ratificada en el acto del juicio oral.

El motivo, pues, debe rechazarse.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TS, DE 20 DE OCTUBRE DE 1999.

En 1998, la Audiencia Provincial de Málaga condenó a los acusados H. E.I., H. M.H., R. H.A. y M. A.D. como autores, cada uno de ellos, de un delito de violación múltiple en la persona de F.R, ciudadana argelina. En esos mismos hechos delictivos también participó A. H.M., quien estuvo presente mientras los otros condenados cometían las violaciones, «de pie mirando lo que ocurría». La Audiencia

Provincial de Málaga le condenó por un delito de violación y por otros tres en concepto de cooperador necesario. Contra esta sentencia presentaron recurso de casación ante el Tribunal Supremo dos de los condenados, H. E.I y A. H.M. La Sala segunda del TS da la razón a uno de los recurrentes anulando parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia de Málaga. Nos proponemos a continuación comentar los aspectos principales de la misma. Antes de nada es necesario distinguir en esta Sentencia del TS dos partes claramente diferenciadas, que coinciden con sus dos fundamentos jurídicos.

La segunda parte de la misma ha de ser valorada positivamente. El TS se limita aquí a reiterar su doctrina sobre la eficacia de la declaración de la víctima de un delito de agresión sexual para provocar la condena de su autor. De todos es conocido que una de las principales dificultades con la que tropieza la persecución penal de este tipo de delitos es de tipo probatorio. El sistema penal descansa en la presunción de inocencia, derecho fundamental que nuestra Constitución consagra en el artículo 24. Constitucionalmente se afirma y se presume la inocencia del acusado. Para llegar a la condena es necesario destruir dicha presunción, lo que sucederá mediante la aportación de los medios de prueba oportunos. Esto supone que la carga de la prueba recae sobre quien acusa. Es la parte que acusa la que tiene la obligación de aportar las pruebas necesarias para desvirtuar la presunción de inocencia que juega a favor del acusado. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «La presunción de inocencia como verdad interinamente afirmada y mantenida, exige que se demuestre lo contrario, la culpabilidad, (...) o sea, que la desplace una prueba adecuada exigible en todo caso para que el Tribunal pueda condenar»²⁰.

Lo que sucede con este tipo de delitos es que son difíciles de probar precisamente por el modo en que son cometidos (de «clandestinidad» habla el TS en esta Sentencia). No es fácil en estos casos obtener pruebas inculpativas contra los acusados, salvo la propia declaración de la víctima, que se convierte así en la única prueba de cargo. El TS consciente de esta dificultad viene otorgando eficacia probatoria suficiente al testimonio de la víctima, que considera bastante por sí sola para fundamentar una sentencia de condena, «siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el juzgador y le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de credibilidad cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia».

Distinta es la valoración que, a nuestro juicio merece la

²⁰ STC 254/1988, de 21 de diciembre (BOE núm. 19, de 23 de enero de 1989). La jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia es abundante. Sobre la relación entre la presunción de inocencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ambos en el art. 24 CE, véase M^a Luisa BALAGUER CALLEJÓN, La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria, Civitas, Madrid, 1990, págs. 81 y ss.

primera parte de esta sentencia que es, precisamente también la que mayor interés e incluso hasta cierto punto desconcierto social ha suscitado. De ello dábamos noticia en el anterior número de este Boletín. Como hemos relatado con anterioridad, en los mismos hechos delictivos que fueron juzgados por la Audiencia Provincial de Málaga participó Abdelkader H.M., quien estuvo presente durante todo el tiempo «de pie mirando lo que ocurría». El Tribunal entendió entonces que su conducta era equiparable a la de quienes materialmente cometieron la violación. Por esta razón le condenó como autor de un delito de agresión sexual y como cooperador necesario de otros tres delitos también de agresión sexual. El condenado recurrió la sentencia en casación y el Tribunal Supremo le absuelve por los delitos de agresión sexual por los que había sido condenado.

No obstante, creemos que esta resolución judicial ha de ser correctamente interpretada para así poder valorar adecuadamente el alcance de la misma desde una perspectiva de género. Es decir, el Tribunal Supremo no dice que presenciar una violación múltiple no constituya delito, lo que dice es que, en este caso concreto, quien ha realizado esa conducta no puede ser condenado por un delito de agresión sexual, lo cual es muy diferente.

En este sentido, es necesario tener en cuenta que el Código Penal no sólo castiga a quien directamente realiza el hecho (autor del delito), sino también a quienes participan en la comisión del delito realizando determinadas conductas que por su gravedad son equiparables a la de los autores mismos (son las figuras del inductor y del cooperador necesario)²¹. Pues bien, en este caso concreto, de acuerdo con los hechos que quedaron probados en primer instancia, que son los únicos que puede tener en cuenta el Tribunal Supremo, el ahora recurrente no realizó directamente ninguna violación por lo que no puede ser condenado como autor de un delito de agresión sexual. En cuanto a si su conducta puede ser calificada de «cooperación necesaria» para que los otros condenados cometieran los delitos por los que fueron condenados, el Tribunal Supremo entiende que tampoco puede ser condenado desde este punto de vista. En relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo viene distinguiendo tres supuestos en los que una persona, con su conducta, contribuye o coopera a la ejecución de un delito de agresión sexual y ha de ser condenado como cooperador necesario. Así, en primer lugar, es cooperador necesario en este tipo de delitos aquel que contribuya o coadyuve al acceso carnal de otro mediante la aportación de un esfuerzo físico

encaminado a doblegar la voluntad de resistencia de la víctima. También lo es quien, existiendo un plan preordenado para ejecutar la violación, presta su asentimiento a dicho plan o interviene en su organización. No ha quedado probado, sin embargo, que el recurrente haya realizado ninguna de estas acciones, del que sólo consta que estuvo de pie mirando como los otros acusados cometían las violaciones. Para la Audiencia de Málaga esto es suficiente para condenarlo como cooperador necesario puesto que su presencia habría contribuido al amedrantamiento e intimidación de la víctima. Lo que entraría en el tercer supuesto delimitado por la jurisprudencia del TS: es cooperador necesario aquel que con su sola presencia, sin realizar ninguna de las acciones anteriores, contribuye a crear un efecto intimidatorio sobre la víctima. Sin embargo, el TS valora de manera diferente la conducta realizada por el condenado, ahora recurrente. Hay que tener en cuenta que la apreciación sobre la concurrencia de este supuesto de cooperación necesaria requiere, en todo caso, una valoración subjetiva por parte del Tribunal acerca de la relación de causalidad que se establece entre la presencia de esta persona y el efecto intimidatorio que causa sobre la víctima. Pues bien, en una interpretación discutible el Tribunal Supremo se decanta por la inidoneidad o falta de adecuación de la presencia del acusado para incrementar el temor de la víctima. Así este Tribunal viene a entender que la víctima estaba ya bastante asustada como para que la presencia de una persona más pudiera incrementar dicho temor. Por esta razón anula la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga y absuelve al recurrente.

No obstante lo anterior, es necesario poner de manifiesto que la consideración crítica que a nuestro juicio merece esta resolución judicial no deriva tanto del hecho de que el Tribunal Supremo haya absuelto al recurrente por un delito de agresión sexual, como, sobre todo, porque nos encontramos con la desagradable situación, absurda además, de que el autor de estos hechos queda sin castigo. Puesto que ningún Tribunal puede condenarle si no ha sido previamente acusado. Para ello no basta con que se le impute la realización de unos hechos considerados delictivos, sino que, para el Tribunal que lo juzga, es determinante el modo en que éstos han sido jurídicamente calificados por la acusación. Corresponde a ésta estimar que esos hechos son constitutivos de un determinado tipo penal, que es por lo que, en realidad, se le acusa. El Tribunal está vinculado por esta calificación jurídica hasta el punto de que no puede condenar al acusado por un delito distinto

21. De acuerdo con el art. 28 del Código Penal: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado."

JURISPRUDENCIA • TS •

del que fue acusado. En esto consiste el llamado «principio acusatorio» que fundamenta nuestro sistema penal²⁵.

Por eso correspondía a la acusación, tanto particular como al Ministerio Fiscal, ejercer adecuadamente, y, con toda la diligencia exigible, su función, contemplando los hechos delictivos desde el mayor número posible de puntos de vista jurídicos. No limitándose a calificarlos tan sólo de agresión sexual, sino abarcando otros delitos posibles, como, por ejemplo, el de omisión del deber de impedir un delito o de promover su persecución²⁶. De este modo se le hubiera dado al Tribunal la oportunidad de sancionar esos mismos hechos por entender que si son constitutivos de delito, de otro delito por el que hubiese sido acusado, aunque no lo sean de violación.

Finalmente queremos recordar lo que el TS no dice: que la conducta realizada por A.H.M., consistente en permanecer mirando mientras otros cometen una violación, sin tratar de evitarlo ni de socorrer a la víctima, no sea merecedora del reproche, no sólo social sino además jurídico penal en forma de condena. Sin duda alguna lo es. Lo que el TS se limita a decir es que esta persona, por esos hechos, no puede ser condenado por un delito de violación. Lo que no significa que no pueda serlo por otros delitos. Pero para ello debió brindársele la oportunidad al Tribunal juzgador. Queremos insistir especialmente en ello porque creemos que es la clave para valorar adecuadamente esta resolución judicial y para evitar que se repitan situaciones como ésta. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

²⁵ . Se trata de esta manera de evitar la indefensión del acusado que ni habría sido informado de la acusación contra él formulada ni habría podido ejercer eficazmente su derecho de defensa. De ahí esta exigencia de correlación entre la acusación (hechos y su calificación jurídica) y el fallo de la Sentencia. El Tribunal Constitucional lo ha declarado así en numerosas ocasiones: "el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE, y conlleva, en estrecha relación con el derecho de defensa y por lo que aquí importa, la exigencia de que exista una correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia, por lo que respecta a los hechos considerados punibles que se imputan al acusado, y, hasta cierto punto también, a su calificación jurídica, teniendo en cuenta que son las conclusiones definitivas las que determinan los límites de la congruencia penal (por todas, SSTC 20/1987 y 62/1998) y, que en definitiva, <<desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas>> (STC 225/1997, fundamento jurídico 4.º)" [AUTO TC 202/1998, de 29 de septiembre, fundamento jurídico 2].

²⁶ . Tipificados en el art. 450 del Código Penal, de acuerdo con el cual: "1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, (...). En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia."

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

SENTENCIA NUM. 29/2000, DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 3 DE BARCELONA, DE 27 DE ENERO DE 2000. APRECIACIÓN DE DELITO DE TORTURA (ARTÍCULO 173 C.P.) UN CASO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA.

COMENTARIO A LA SENTENCIA 29/2000.

En esta Sentencia el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 27 de enero del 2000, aborda un caso de violencia física contra la mujer ejercida por su cónyuge o pareja de hecho, pero lo hace desde una perspectiva novedosa, más acorde con la gravedad que revisten estos hechos, la del delito de trato degradante con grave menoscabo de la integridad moral de las personas, previsto en el art. 173 CP²⁴.

Los hechos que dan lugar a esta resolución judicial son, brevemente, los siguientes: en junio de 1998, tras aproximadamente ocho meses de convivencia, una pareja inicia una discusión verbal que derivó en un intercambio de insultos. En un determinado momento, y sin que mediara provocación por parte de la mujer, el marido pasó de las palabras a la agresión física, golpeando a su compañera de manera reiterada en distintas partes de su cuerpo. A continuación cogió un martillo y la amenazó de muerte, al tiempo que la arrastró por los pelos hasta el cuarto de baño. Una vez allí, metió la cabeza de la mujer en la taza del retrete y empezó a tirar de la cadena creándole una sensación de angustia y ahogo. Ese mismo día, ya de madrugada, la mujer abandonó el domicilio conyugal y acudió a un centro hospitalario, interponiendo la correspondiente denuncia.

Pues bien, por primera vez en nuestro país un supuesto de malos tratos contra la mujer en el ámbito doméstico no se plantea estrictamente en los términos del delito de lesiones, como suele ser lo habitual, y que, en la mayoría de las ocasiones queda rebajado a una simple falta, castigándose al agresor con una multa. En esta ocasión, el juez considera que los hechos son constitutivos del delito previsto en el art. 173 CP, de trato degradante con grave menoscabo de la integridad moral de la víctima, condenando al agresor como autor de dicho delito a la pena de un año de prisión. Esta condena fue posible porque tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal habían

calificado los hechos conforme a este tipo penal, y no sólo como lesiones, lo que permitió al juez, una vez comprobado los hechos, condenarle por este delito²⁵. Además le condena como autor de una falta de lesiones del art. 617.1 CP a la pena de arresto de seis fines de semana²⁶, y a abonar a la víctima la cantidad de 250.000 ptas. en concepto de reparación del daño moral causado, y de otras 280.000 ptas. como indemnización por los daños y perjuicios económicos derivados de las lesiones.

Esta resolución judicial presenta un gran interés puesto que, como pone de manifiesto el propio juez que la dictamos encontramos ante un título de imputación, el del art. 173 CP, que, hasta el día de hoy, carece de precedentes jurisprudenciales en nuestro derecho. Dada esta ausencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, el juez acude a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre esta materia para así fundamentar adecuadamente su decisión. Reproducimos a continuación el Fundamento Jurídico Tercero de esta Sentencia, traducido del catalán.

"Dado que el art. 173 del Código Penal vigente no define que se entienda por "infligir a una persona un trato degradante con grave menoscabo de su integridad moral", será necesario integrar este concepto jurídico abierto con la normativa internacional e interpretarlo de acuerdo con los matices que la jurisprudencia del TEDH ha ido configurando en el transcurso de las dos últimas décadas, con la finalidad de distinguirlo de conceptos más graves, como el trato inhumano o la tortura y también de conductas antijurídicas más leves como las vejaciones injustas. En este sentido, el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 24 de noviembre de 1977, y en vigor en el ámbito jurídico interno a partir de su publicación en el BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979, nos recuerda que "nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Esta afirmación taxativa concuerda plenamente con la declaración constitucional prevista en

²⁴. Conforme al art. 173 CP: "El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de seis meses a dos años."

²⁵. De acuerdo con el principio acusatorio que rige en nuestro derecho penal, el juez no puede condenar a nadie por un delito del que no ha sido acusado.

²⁶. Establece el art. 617.1 CE que: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses."

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

el art. 15 CE, de que la vida y la integridad moral y física de la persona son un valor fundamental indisponible e irrenunciable.

La complementan la prohibición de tratos crueles y degradantes expresada en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, de 16 de diciembre de 1966, y el Convenio Europeo de represión contra la tortura o tratos degradantes de 10 de diciembre de 1984. En su aplicación práctica, la jurisprudencia del TEDH ha mantenido una constante interpretación restrictiva del ámbito de la tortura, entendiéndola como "aquellos actos que provoquen de forma intencionada sufrimientos graves a la persona, ya sean físicos o psíquicos, infligidos con la finalidad de obtener una información o confesión". Además nos recuerda que casi siempre el sujeto activo de este grave delito es uno o varios funcionarios públicos, razón por la cual un buen número de los precedentes judiciales existentes se circunscriben al ámbito de la actuación policial o militar. Lo mismo sucede con la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo en relación con el art. 174, entre las que destacan las recientes STS de 6.11.93 y 22.09.95. Así mismo, y de forma consolidada, la jurisprudencia del TEDH -entre otras las sentencias de 18.01.78 y 25.04.88- ha venido mostrando su repulsa más enérgica hacia todo aquello que signifique un irrefutable menoscabo de la dignidad humana, determinando que hay que erradicar no sólo la tortura como la forma más grave de estos comportamientos ilícitos, sino también aquellas otras conductas de menor entidad que, a pesar de todo, constituyen inaceptables ataques morales y psíquicos contra la persona, dentro de los cuales si que cabe incluir una amplia variedad de acciones degradantes, perpetradas sobre todo por particulares.

Que la finalidad de estas conductas punibles de segundo nivel, sea distinta de la confesión de un hecho o ejecutadas por civiles sin la condición de funcionario público, se debe considerar no sólo irrelevante para el derecho sino consecuencia lógica de la degradación calificativa de la antijuridicidad de la acción, y, en consecuencia, también de su punibilidad métrica. En cualquier caso, es obvio que el art. 173 del Código Penal/95, no exige como requisito del tipo el carácter de funcionario público del autor del delito, ni delimita el bien jurídico protegido en función de la finalidad perseguida por el trato degradante.

Antes al contrario, su sentido literal es genérico e incluye

cualquier agente, público o particular, al tiempo que descalifica cualquier finalidad ilegítima.

La Resolución de la Comisión Europea de 6.05.69, considera trato degradante (sic) "toda acción que humilla grotescamente a una persona ante otra, con menoscabo de su autoestima". En concreto, incluye dentro de este ámbito acciones consistentes en provocar angustia por sensación de ahogo o sentimiento de inferioridad, como por ejemplo: 1) poner una capucha durante horas a una persona privada de movilidad; 2) meterle la cabeza en una bañera llena de agua; 3) privarle de alimento sin llegar a poner en peligro su salud física; 4) obligarlo a hacerse sus necesidades fisiológicas encima; 5) propinar azotes en las nalgas de un escolar delante de sus compañeros de clase, etc. Es decir, medidas coactivas que si bien no constituyen brutales ataques físicos, si comportan una sutil pero no desdeñable violación de la dignidad humana.

En todos estos casos, el TEDH ha sancionado la conducta como degradante, considerando que la humillación y vergüenza sufridas tienen la suficiente gravedad para ser incluidas en el ámbito de protección del art. 3 del Convenio Europeo. Considera este juzgador, que la conducta descrita en el hecho probado primero de esta resolución, es plenamente equiparable a las precedentes que se acaban de mencionar, y en consecuencia, que cabe tipificarla dentro del ámbito punitivo del art. 173 que solicitan las acusaciones pública y particular en este proceso, en régimen de concurso ideal con la falta de lesiones del art. 617.1, dado que los bienes jurídicos vulnerados son dos, la integridad moral y la salud física."

Para apreciar la importancia de esta resolución judicial, hay que tener en cuenta que el juez, antes de sancionar estos hechos conforme al delito previsto en el art. 173 CP, examina la aplicabilidad de otros tipos penales más usuales en los casos de malos tratos contra la mujer por quien es o ha sido su cónyuge o pareja.

De este análisis resulta que no es posible castigar al agresor por el delito de malos tratos previsto en el art. 153 CP, ya que este tipo penal exige que el agresor ejerza la violencia física sobre su cónyuge o compañera habitualmente, y en el presente caso no consta la circunstancia de la «habitualidad» en los malos tratos²⁷. Aunque la mujer ya había sido víctima de malos tratos en dos ocasiones anteriores a manos del mismo agresor, la falta de denuncia por su parte así como de los correspondientes infor-

²⁷. Este art. en su redacción originaria, que es la aplicable al caso concreto dada la fecha en la que ocurrieron los hechos, decía lo siguiente: "El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halla ligada por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.". Este precepto ha sido modificado por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que le ha dado una nueva redacción: "El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o con

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

mes médicos sobre las lesiones sufridas, impide tenerlas en cuenta a efectos de la habitualidad exigida por el art. 153 CP.

Tampoco puede el agresor ser castigado como autor de un delito de lesiones, puesto que las que causó a su mujer necesitaron un tratamiento médico paliativo, así como una actividad facultativa de diagnóstico y control, pero no una intervención quirúrgica ni un tratamiento médico reparador continuado. Esta inexistencia de intervención quirúrgica reparadora rebaja la conducta del agresor a la consideración de mera falta de lesiones²⁸.

Ante este panorama y precisamente para evitar que unos actos tan graves como éstos quedaran castigados de una forma tan ridícula, la acusación califica los hechos como constitutivos de un delito de trato degradante, solicitando al juez que el agresor sea castigado conforme a dicho tipo penal. Es la introducción de este tipo delictivo en el escrito de acusación lo que permite al juez examinar los hechos desde esta perspectiva.

Se trata, por tanto, de determinar si los hechos enjuiciados son subsumibles en el delito previsto en el art. 173 CP.

En esta labor interpretativa es fundamental el art. 15 de la CE que protege al máximo nivel, como derechos fundamentales, la vida y la integridad física y moral de las personas, prohibiendo de modo absoluto las torturas y las penas y tratos inhumanos o degradantes. También ocupa un lugar destacado el art. 3 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, que contiene idéntica prohibición, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo interpreta²⁹.

De este modo, el «trato degradante», la «tortura» y los «tratos inhumanos» son, todas ellas, conductas lesivas del derecho fundamental a la integridad física y moral previsto en el art. 15 CE y en el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A su vez, se diferencia entre sí por la intensidad de los físicos o psíquicos causados, de tal modo que, las mismas, integran una escala

gradual, cuyo primer nivel estaría constituido por la tortura y el último por los tratos degradantes³⁰. Además, cada una de ellas son, al mismo tiempo, constitutivas de uno o varios delitos previstos en el Código Penal. En el caso de los tratos degradantes, que es el que nos ocupa, el delito del art. 173 CE.

Pues bien, para determinar si los malos tratos sufridos por la mujer constituye un «trato degradante» en el sentido de la norma penal, el juez examina dos cuestiones básicas. En primer lugar, si este delito queda limitado a los casos en que los hechos constitutivos de trato degradante son realizados por sujetos que tienen la consideración de funcionarios o agentes públicos (básicamente policía y militares). Si así fuese, el supuesto enjuiciado quedaría excluido del ámbito de aplicación del art. 173 CP ya que el agresor es un ciudadano particular. Pues bien, teniendo en cuenta cuál es la doctrina del TEDH al respecto, que diferencia, en este sentido, entre la «tortura» cuyo sujeto activo si suele tener la condición de funcionario público, y los «tratos degradantes», realizados en la mayor parte de las ocasiones por particulares, así como la propia dicción literal de la norma penal, el juez llega a la conclusión de que es indiferente el carácter público o privado, como sucede en este caso, del agresor para que pueda ser condenado por este delito. En segundo lugar, es necesario determinar si los maltratos sufridos por la mujer revisten la gravedad suficiente para que supongan una vejación o humillación para la persona que los padece, requisito necesario para que sea posible hablar de un delito contra la integridad moral, en su modalidad de trato degradante. En este sentido, el juez compara la violencia sufrida por la mujer con otros supuestos que han sido sancionados por el TEDH como tratos degradantes. Para llegar a la conclusión de que ambos son plenamente equiparables. Por todo ello, condena al agresor como autor de un delito de trato degradante contra su mujer, con grave menoscabo para la integridad moral de ésta.

Por último, queremos recordar que la tipificación y sanción penal de conductas como la que realiza el agresor, constitu-

²⁷ *com.* viviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores." A este respecto véase el comentario sobre las modificaciones del Código Penal realizadas por la LO 14/99 en materia de protección a las víctimas de malos tratos, realizado por Rafael NARANJO DE LA CRUZ en Artículo 14. Una perspectiva de género, núm. 2, 1999, págs. 15 y ss...

²⁸ En la existencia o no de dicha intervención médica está la diferencia entre el delito y la falta de lesiones. El tipo genérico de las lesiones se encuentra en el art. 147.1 CP: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo no se considerará tratamiento médico."

²⁹ Como es sabido el valor de esta norma internacional en nuestro ordenamiento jurídico es doble: de una parte, forma parte del ordenamiento jurídico interno, y como tal constituye derecho aplicable (art. 96 CE); de otra, constituyen un elemento interpretativo de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 10.2 CE).

³⁰ Auto del TC núm. 333/1997, de 13 de octubre, f.j. 5.

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

ye la protección que el ordenamiento ha previsto para los valores fundamentales consagrados en el art. 15 CE. De ahí que todo delito contra la integridad moral de una persona sea al mismo tiempo una violación de su derecho fundamental a la integridad física y psíquica, y, en definitiva, una lesión de su propia dignidad como ser humano (art. 10.1 CE) Por eso estimamos que resoluciones judiciales como ésta han de ser valoradas de forma muy positiva. De una parte porque nos muestra que es posible encontrar en nuestro ordenamiento jurídico mecanismos e instrumentos de pro-

tección adecuados para las víctimas de malos tratos en el ámbito familiar. La norma es sólo una parte de la solución. La otra la constituye su aplicación e interpretación. Y ésta es una labor que corresponde prioritariamente a los jueces. De otra porque al resolver de este modo el juez no sólo está cumpliendo con su función de proteger eficazmente el derecho fundamental de la víctima³¹, sino que también está contribuyendo al mantenimiento y protección del marco de convivencia diseñado por nuestra Constitución³². (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

³¹ . Arts. 53.2 CE y 7.1 LOP]. De acuerdo con este último, "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos."

³² . En definitiva, como ha puesto de manifiesto M^o Luisa BALAGUER CALLEJÓN, constituye "una garantía más del cumplimiento del pacto constitucional y de su desarrollo y adaptación a las circunstancias sociales." (La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria, Civitas, Madrid, 1990, pág. 181)

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

SENTENCIA NUM. 568/99, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1999 DEL JUZGADO DE LO PENAL NUMERO UNO DE SEVILLA, ILTMO. SR. D. RAFAEL TIRADO MÁRQUEZ. DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES, ABANDONO DE FAMILIA Y FALTA DE AMENAZAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de **malos tratos habituales**, previsto y penado en el artículo 153 del Código Penal (en adelante CP), en el ámbito familiar, así como un **delito de abandono de familia** del artículo 226 del mismo cuerpo legal, y una **falta de amenazas** del artículo 620 del CP.

Conviene analizar, en primer lugar, el delito de maltrato habitual, por ser el más grave y discutido por las partes en el acto del plenario, para entrar a continuación en el examen de las otras infracciones penales.

El artículo 153 del nuevo Código Penal, antes de la reforma operada en tal precepto por virtud de la Ley 14/99, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1.995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos (y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), aplicable al caso, decía lo siguiente:

"El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare".

(...)

Varias son las cuestiones que se han de analizar, por ser de especial transcendencia para la resolución de esta causa, como son los requisitos exigidos por el tipo, bien jurídico protegido y posición doctrinal y jurisprudencial en torno a los dos elementos típicos más críticos, esto es, la habitualidad y la violencia física.

(...)

Parece más correcto afirmar que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, y concretamente, su derecho, a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno. Si como consecuencia de los hechos se producen lesiones típicas, habrá que acudir al concurso (en tal sentido la STS de 20 de diciembre de 1.996, y en parecidos términos la Sentencia de la A.P de

Córdoba de 21 de abril de 1.999, si bien en ésta se habla de una naturaleza mixta: salud e integridad física de la persona - y psíquica, habría que añadir en la actualidad, a tenor de la nueva regulación - y la pacífica convivencia y armonía en el seno del grupo familiar).

(...)

Especial consideración merecen, a la vista de las alegaciones efectuadas por la defensa al estimar que en el caso presente no concurren todos los elementos típicos, en concreto los conceptos de habitualidad y violencia física.

Habitualidad.- El concepto de habitualidad al que alude el precepto no ha de entenderse en un sentido jurídico formal equivalente a multireincidencia o al contemplado en el artículo 94, relativo a los sujetos - reos habituales - no a la acción, sino en un sentido naturalístico, como un dato fáctico, ayuno de requisitos formales, o al menos desde una perspectiva criminológica-social. Según la Sentencia del Tribunal Supremo ya citada, de 20 de diciembre de 1.996, ha de entenderse por habitualidad "la repetición de actos de idéntico contenido" (concepto recogido en el propio Diccionario de la Real Academia de la Lengua), "con cierta proximidad cronológica ... siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas".

Como afirma la Sentencia de la A.P de Córdoba de 21 de abril de 1.999 (ED 12410/99, e igualmente la de 12 de febrero de 1.999, ED 7063/99) ha de entenderse por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo, estrictamente la pluralidad la que convierte la falta en delito, sino la relación entre el autor y la víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia (término éste que propugnan algunos autores como más acorde con el sentido y finalidad de la norma, incluso el término sistemáticamente, según otros) en el trato violento de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autonómico.

No se trata por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en la que se ha producido la violencia, como se ha acogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato o, incluso, en alguna resolución judicial que exigía la cuantificación,

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

sino lo importante es que el juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. (...)

La violencia habitual es una actividad permanente, lo que unido al bien jurídico que se trata de proteger, esto es, no solo la integridad física de las personas concretas, víctimas del delito, sino también la convivencia familiar (la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, y concretamente, su derecho, a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno), nos lleva a concluir que la reiteración de actos violentos, dirigidos a cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 153, a uno o varios de tales sujetos, constituyen el delito de maltrato habitual, sin que sea necesario que se produzcan tres actos violentos sobre cada uno de los sujetos, sino que se aprecie un clima de violencia, física - por exigirlo expresamente el tipo, en la anterior redacción -, a través de cualquier medio probatorio (incluida la declaración de la propia perjudicada), derivado no solo de los propios actos sino de la propia circunstancia convivencia en el hogar familiar de tales víctimas, así como apreciación de sistemáticos actos de violencia psíquica que suelen acompañar a aquellos, que si bien por sí solos no se contemplaban como merecedores de reproche penal, sí son determinantes para concluir que existe aquél clima violento.

(...)

TERCERO: Para concluir con lo expuesto, conviene precisar que en el caso estudiado se dan todas las características que están estrechamente arraigadas en la esencia de este tipo de conductas (síndrome de maltrato a la mujer, en el ámbito familiar o doméstico). Por una parte se trata de una violencia llevada a cabo por el hombre contra la mujer (de ahí que se hable de violencia de género: masculino/femenino, aunque algunos autores no se hallen de acuerdo con tal denominación, así Dalla Corte) para perpetuar una serie de roles y estereotipos creados por el primero y asignados al segundo con el fin de continuar con la situación de desigualdad, inferioridad y sumisión que tiene la mujer en nuestra sociedad. Se trata de una agresión contra las mujeres que no siguen las normas o esquemas del género, aquellas que no se mantienen sumisas y dóciles ante el hombre. Los mandatos culturales, y a menudo también los legales, sobre los derechos y privilegios del papel del marido han legitimado históricamente un poder y dominación de éste sobre la mujer (extensible a cualquier miembro de la familia), promoviendo su dependencia económica de él y garantizándole a este el uso de la violencia y de las amenazas para controlarla. La conducta violenta frente a la mujer se produce como patrones de conducta aprendidos y transmitidos de generación a generación, normalmente en los ambientes habituales de relación.

El hecho de que la esposa haya atribuido los episodios de violencia producidos a partir de agosto de 1.998 a causa de no poder realizar "vida matrimonial" (en su propia expresión), como consecuencia de una operación, no significa que esto sea del todo así, es decir, pudo ser el detonante de las últimas agresiones, pero el maltrato se venía produciendo desde antes, como ella misma afirma (así como sus hijas). Aquella negativa pudo generar en el agresor comportamientos celotípicos, como lo demuestra el hecho de que siguiera a la esposa en el vehículo para ver donde iba, o le recriminara que no estuviera en casa cuando él quería, llegando a expresar con reiteración insultos y vejaciones de carácter sexual, reveladores quizás de su frustración por no poder mantener relaciones sexuales con su esposa: así, continuamente le ha dicho "puta", si venía de "rozarse con todos los tios". El status que el marido trata de mantener en el seno de la familia, imponiendo, incluso a la fuerza, su poder, el rol antes aludido, aprehendido desde su infancia y en su entorno socio-cultural, le lleva a exigir de la esposa, a pesar de la negativa de ésta, "su derecho" a realizar el acto sexual con la esposa, desde una posición dominante y prepotente.

El daño que se causa con la sucesión de actos violentos (físicos, psíquicos, por abuso verbal o emocional) produce alteraciones psicológicas agudas y crónicas que están en relación con las características de los hechos violentos y con el contexto general de la relación entre el agresor y la víctima. El mantenimiento de la relación o del contacto entre la víctima y agresor no solo conduce a un daño psicológico crónico, sino que además va cerrando las posibilidades y recursos de la víctima para salir de esa situación y romper el ciclo de violencia.

De ahí que se imponga, como se dirá más adelante, la pena accesoria de prohibición de acercamiento solicitada (en el plenario), por aplicación del artículo 57 del Código Penal.

La defensa se ha preguntado en el plenario el por qué de no acudir a denunciar antes, o no haber denunciado los actos violentos ya acaecidos en su momento. Fácil respuesta tiene tal consideración. Es un hecho incuestionable, tanto por los análisis médico legales a cerca del síndrome expuesto, como por la práctica diaria, que muchas víctimas se abstienen de acudir a un hospital, incluso cuando hay lesiones de cierta intensidad, debido a la vergüenza, a las amenazas por parte del agresor si busca cualquier tipo de ayuda y al temor a que el hospital comunique al Juzgado el origen de sus lesiones y se tomen medidas que puedan afectar a su familia, o bien porque dudan que se de una respuesta efectiva a sus padecimientos.

Según ha resaltado un sector de la medicina legal (Miguel y Jose A. Lorente Acosta) cuando la mujer se halla

JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

inmersa en las aguas profundas del síndrome (síndrome de maltrato a la mujer), actuando sobre ella los factores socio-culturales (falta de alternativas, temor a la desaprobación de familiares y amigos, la preocupación por la pérdida de sus hijos y hogar, el miedo a las represalias), careciendo de recursos físicos y psíquicos suficientes (derivado de un sentimiento de baja autoestima, depresión, sensación de desamparo e impotencia) como consecuencia de las lesiones psíquicas ocasionadas por la situación prolongada de maltrato.

CUARTO: Los hechos declarados probados son constitutivos, igualmente de un delito de abandono de familia del artículo 226 y una falta de amenazas del artículo 620 del Código Penal.

(...)

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL DE SEVILLA 568/99, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1999.

Condena esta Sentencia por los delitos de malos tratos habituales, abandono de familia y falta de amenazas.

Entiende el Juzgador que el bien jurídico protegido en el delito del artículo 153 del Código Penal de 1.995, antes de la reforma operada por la Ley 14/99, de 9 de junio, es "la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho, a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno". Analiza igualmente los conceptos de **habitualidad y violencia física**.

Afirma la Sentencia que no es estrictamente la pluralidad de actos de idéntico contenido lo que convierte la falta en delito "sino la relación entre el autor y la víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es la permanencia... en el trato violento", "no se trata por ello de una falta de

lesiones elevada a delito por repetición... sino lo importante es que el Juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente". Habla de un "clima de violencia", y entrando en la nueva regulación del artículo 153 afirma que esta fija ya con precisión qué ha de entenderse por habitualidad, "dada la errónea interpretación jurídico-formalista que algunos sectores le habían otorgado".

Respecto de la violencia física acude al análisis del llamado "síndrome de agresión a la mujer" y más concretamente al "síndrome de maltrato a la mujer" y comprende en las mismas cualquier agresión o maltrato de obra indistintamente del resultado que se produzca, desde el más leve al más grave.

Precisa detalladamente el Juzgador cómo en este caso se dan todas las características del mencionado "síndrome de maltrato a la mujer, en el ámbito familiar o doméstico", recoge y explica por qué estamos en presencia de una **violencia de género** (del hombre contra la mujer) que se produce "para perpetuar una serie de roles y estereotipos creados por el primero y asignados al segundo con el fin de continuar con la situación de desigualdad, inferioridad y sumisión que tiene la mujer en nuestra sociedad", y responde a unos "patrones de conducta aprendidos y transmitidos de generación a generación, normalmente en los ambientes habituales de relación".

De tan motivada, razonada y valiosa resolución, nos queda por resaltar cómo el Juzgador al acordar además medida de alejamiento para el agresor incluso sugiere que, en este tipo de delitos, se debería interesar respecto de los hijos la medida de limitación o inhabilitación de la patria potestad. (MANUEL LÓPEZ GILARTE. PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN DERECHO Y DEMOCRACIA).

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TJCE (SALA SEXTA), SENTENCIA SIEVERS Y SCHRAGE, DE 10 DE FEBRERO DE 2000

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea reitera la naturaleza del derecho a no ser discriminado por razón de sexo y precisa el alcance del principio de igualdad de retribución, sin discriminación de sexo, reconocido en el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea. El derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales, cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia. Al analizar el concepto de retribución, a efectos del citado precepto del Tratado, el Tribunal de Justicia estima que el derecho a participar en los planes de pensiones de empresa se integra en el concepto de retribución del Tratado y no es posible, por tanto, establecer discriminaciones por razón de sexo respecto a ellos, pues vulnerarían ese principio de igualdad de trato. Además, las disposiciones nacionales cuyo objeto sea garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, contribuyen a la aplicación del mencionado artículo 141.

TJCE (SALA SEXTA), SENTENCIA VICK Y CONZE, DE 10 DE FEBRERO DE 2000

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea realza el uso que la prohibición de otras formas de discriminación tiene respecto a la garantía del principio de igualdad de retribución, sin discriminación de sexo, reconocido en el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea. Las disposiciones nacionales que prohíben otras formas de discriminación pueden, a veces, contribuir a garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución de trabajadores y trabajadoras. Éste es el caso de aquellas normas que prohíben las discriminaciones en materia de retribución en perjuicio de los trabajadores a tiempo parcial, que es una categoría cuyo porcentaje de trabajadoras suele ser más elevado que el de trabajadores.

TS, SALA 1ª, SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1999. PONENTE: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

Derecho al uso de la vivienda familiar garantizado a esposa por sentencia de divorcio. Se estima parcialmente el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. La sentencia de divorcio atribuía a la esposa el derecho al uso de la vivienda familiar y la división y posible venta

en subasta de dicha vivienda no afecta a ese derecho mientras subsista.

TSJ GALICIA, SALA DE LO SOCIAL, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2000

El acoso sexual como causa suficiente para provocar un accidente de trabajo que faculta para recibir el subsidio correspondiente a incapacidad laboral transitoria. Se ratifica Sentencia de Juzgado de lo Social de Vigo, rechazando el recurso de la Seguridad Social, la empresa y una mutua laboral, donde se afirmaba que el acoso sexual sufrido en el trabajo produjo la incapacidad laboral de una trabajadora. En ese sentido, se reconoce que la enfermedad psíquica padecida por la trabajadora, como consecuencia del acoso sexual, fue desencadenada por éste y puede ser considerada accidente de trabajo, correspondiendo, por tanto, a la Seguridad Social el abono del correspondiente subsidio por incapacidad temporal transitoria.

TSJ PAÍS VASCO, SALA DE LO SOCIAL, SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1999. PONENTE: D. ISIDORO ÁLVAREZ SACRISTÁN

Pensión de viudedad y cónyuge separada del causante. Se estima el recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria y se revoca. Si sólo quien haya sido cónyuge existe, le corresponde íntegramente la pensión de viudedad.

TSJ PAÍS VASCO, SALA DE LO SOCIAL, SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1999. PONENTE: D. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR

Prestación por maternidad a padre cuando la esposa no la solicita. Se produce la desestimación del recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao. Se interpreta la previsión del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores estimando la posibilidad de disfrutar del derecho a la prestación por maternidad por parte del padre si la madre no la solicita. Se precisa que deben concurrir en el padre los requisitos previstos legalmente.

NOTICIAS

Una sentencia de finales de marzo de 2000 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, reconoce los derechos laborales de una mujer que trabajaba en casa de un pariente. La resolución judicial, que admite el recurso contra la Sentencia del Juzgado de lo Social, considera que la relación de parentesco entre el empleador, en este caso, su yerno, y la trabajadora, no obsta para que pueda cotizar en el Régimen Especial de Empleados del Hogar de la Seguridad Social. El Juzgado de lo Social había confirmado la baja en la Seguridad Social por entender que no había existido realmente la prestación de servicios laborales. La Sala de lo Social admite la efectiva existencia de los mismos y pondera que se daban el parentesco de afinidad de segundo grado, la no convivencia física por residir en domicilios diferentes y que la mujer no dependía exclusivamente a efectos económicos de su yerno y empleador. Para el órgano judicial no resulta obstáculo la no constancia del contrato para que la mujer prestara sus servicios a la familia a cambio de una retribución.

El Consejo General del Poder Judicial, a través de una declaración hecha pública a finales de marzo de este año, considera que los avances en la formación específica de jueces y magistrados ha de ser una línea prioritaria para enfrentarse a la violencia doméstica. Entre otras actuaciones para erradicar esta forma de violencia indica el Consejo la adopción de medidas necesarias para prevenir los malos tratos familiares, la posibilidad de ofrecer una eficaz protección a las víctimas, así como la colaboración con otras instituciones y organizaciones.

El Parlamento Europeo ha aprobado el reglamento que prevé el reconocimiento mutuo de las disposiciones en materia de divorcio y custodia de hijos existentes en los países de la Unión Europea.

Así, se intenta crear un estado civil unitario en toda la Unión en beneficio de la seguridad jurídica. La aplicación de este reglamento se producirá en los primeros meses del año 2001.

Durante los días 28 al 30 de abril se ha celebrado en Calviá, Mallorca, la "Conferencia Europea en Materia de Violencia contra Mujeres e Infancia", organizada por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, dentro de la iniciativa comunitaria Daphne, y que ha contado, entre otros, con el apoyo y cofinanciación del Instituto Andaluz de la Mujer. En dicha conferencia han participado expertas juristas, y se ha elaborado la redacción de una Propuesta de Directiva sobre la Violencia de Género tendente a la homogeneización de las normativas estatales, así como la elaboración de una Guía de Buenas Prácticas y Usos Forenses en la aplicación de las leyes.

El día 2 de marzo de 2000, el pleno del Parlamento Europeo, aunque rechazó la adopción de cuotas como medida para equilibrar la representación de la mujer en las listas electorales, aprobó una enmienda que declara "razonable" el objetivo de participación femenina del 40% y "constata" que el uso de cuotas, "como medida transitoria", contribuye a mejorar el equilibrio político entre los sexos. La resolución final insta a los Estados miembros a alcanzar una participación más equilibrada de hombres y mujeres en todas las instituciones de la Unión Europea. La Cámara solicita a la Comisión Europea que, con base en las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea, anime "a los Gobiernos a desarrollar y aplicar políticas y programas que persigan el equilibrio entre los sexos" y la presentación, antes de final de año, de un informe sobre las medidas que se hayan tomado para romper con esta desigualdad entre sexos.

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**