

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

SUMARIO

EDITORIAL

- Carmen Olmedo Checa.
(Directora del Instituto Andaluz de la Mujer) 2

DOCTRINA

- Angel Rodríguez-Vergara Díaz.
(Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga)
"Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral".

LEGISLACIÓN

- LEY 38/1998, de 27 de Noviembre.
Por la que se modifica la composición de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. 7
- LEY ORGÁNICA 11/1999, de 30 de abril.
Modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. 8
- LEY ORGÁNICA 14/1999, de 9 de junio.
Modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 12

JURISPRUDENCIA

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. TJCE.
Sentencia del TJCE, de 19 de noviembre de 1998, sobre condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas. 18
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. TJCE.
Sentencia del TJCE, de 2 de febrero de 1999, sobre discriminación por razón de sexo. 27
- Tribunal Constitucional. TC.
Sentencia del TC 41/1999, de 22 de marzo. Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo. 36
- Tribunal Supremo. TS.
Sentencia del TS, de 6 de octubre de 1998. Delito continuado de agresión sexual. 41
- Tribunal Supremo. TS.
Sentencia del TS, de 25 de noviembre de 1998. Delito de trato degradante e inferior. 45
- Tribunal Superior de Justicia. TSJ.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 29 de Septiembre de 1998. Denegación de incapacidad permanente total a empleada de hogar. 50

OTRAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES 53

NOTICIAS 55

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

Instituto Andaluz de la Mujer

NÚM. 2 • SEPTIEMBRE 1999

EDITORIAL

Carmen Olmedo Checa.
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

En este segundo número del Boletín "Artículo 14. Una perspectiva de Género", me parece importante introducir algunas reflexiones sobre un problema tan grave como es la violencia de género

Llevamos años de lucha abierta contra el maltrato a las mujeres y nadie puede negar que hemos avanzado. Hoy ya existe una concienciación social; una implicación, en mayor o menor medida, de jueces, juristas, abogados y Fuerzas de Seguridad del Estado etc..., que antes no existía. Hay una progresiva mentalización de las mujeres, víctimas de la violencia, que empiezan a tomar conciencia y, con mucha valentía, intentan poner fin a su situación.

Desde la Junta de Andalucía, el Instituto Andaluz de la Mujer ha establecido medidas para prevenir y paliar las consecuencias de la violencia contra las mujeres. Medidas de sensibilización y de formación y sobre todo se han creado centros de información, de asesoramiento y de acogida.

Pese a todo esto, los resultados de la violencia siguen siendo graves, se demuestra sobradamente con las tasas de mortalidad, morbilidad y discapacidad que genera la violencia contra las mujeres. Se trata, pues, de un asunto de amplias y graves dimensiones, capaz de desestabilizar y de destruir muchas vidas.

Nos encontramos, sin duda, ante un problema social que pide a gritos remedio. La sociedad demanda soluciones y éstas no pueden venir sólo con el establecimiento de medidas no comprendidas dentro del ordenamiento jurídico, por temor a alterarlo. Es necesario que éste dé respuesta, desde distintas perspectivas, jurídicas y sociales: desde el Derecho Civil y Penal hasta el Derecho Procesal, sin olvidar disposiciones específicas de atención a las víctimas.

Es verdad, que tanto el nuevo Código Penal como las reformas realizadas recogen todos los tipos delictivos en relación con la violencia de género. Pero las instituciones jurídicas no están siendo lo suficientemente eficaces porque al actuar -en el mejor de los casos- lo hacen de forma dispersa y descoordinada.

Es evidente que hoy para algunos profesionales de la justicia (jueces, fiscales, abogados..) no existen instrumentos jurídicos eficaces; otros, los más progresistas, alcanzan a encontrar normas aplicables por analogía o se aventuran a realizar amplias interpretaciones de las leyes más acordes con la situación social, en especial en el orden civil, ya caduco, y en medidas de protección, pero no siempre pueden dar respuesta a todas las situaciones.

Para resolver todas estas cuestiones hay países que han optado por establecer leyes especiales sobre este tipo de violencia, lo que es una muestra de sensibilidad frente a determinados comportamientos delictivos, al darles un tratamiento específico y plural.

En nuestro ordenamiento jurídico la violencia de género no recibe un tratamiento especial y, por lo tanto, no recoge adecuadamente las causas que la motivan, las actuaciones que hay que llevar a cabo y la necesaria interrelación de las Instituciones implicadas.

Sabemos que, históricamente, el establecimiento de leyes especiales ha suscitado en nuestro país rechazo y prevención. Pero nuestro ordenamiento jurídico permitió esta posibilidad en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del nuevo Código Penal, optando por remitir a leyes especiales la regulación de determinadas materias. De hecho, esta justificación sirvió para regular, con una ley especial, entre otras, las normas despenalizadoras de la interrupción voluntaria del embarazo.

Por todo ello, es posible y necesario elaborar una ley específica que establezca medidas procesales que permitan procedimientos ágiles y sumarios que pongan a disposición de los jueces instrumentos legales, compaginando el ámbito civil y penal, además de medidas de protección de las mujeres y de sus hijos, acompañadas de medidas de exclusión para el agresor, que puedan ser ejecutadas en el menor tiempo posible y con la mayor garantía y seguridad para las víctimas.

Una ley que facilite a los jueces ordenar, de forma inmediata, que el agresor abandone el domicilio conyugal; que regule expresamente la prohibición de acercarse a la vivienda donde reside la mujer, incluyendo las de sus familiares que a menudo se ven coaccionados por el agresor; al lugar de trabajo de la mujer y a los centros de escolarización de sus hijos. En definitiva, que se otorguen poderes eficaces y se establezca la posibilidad, en caso de peligro, de dictar mandamientos de protección urgentes, como existen en otros países.

Hablo de una disposición que por tener el poder coercitivo de la Ley, posibilite la aplicación de su contenido sin que quede todo ello al exclusivo arbitrio de los jueces. De una ley que recoja y defina claramente las causas de la violencia de género y establezca medidas jurídicas eficaces que puedan aplicarse a cualquier situación de hecho o de derecho y a los efectos de la ruptura de esa relación.

Que destierre de una vez por todas la indefensión de las víctimas y la relativa impunidad de los agresores, que amplíe la intervención del Ministerio público y las facultades de los jueces en materia de familia, todo ello acompañado de un protocolo de coordinación que obligue a todas las Instituciones implicadas.

Porque "Los derechos de las mujeres son parte inalienable, integrante e indivisible de los Derechos Humanos universales", y la violencia de género es incompatible con estos Derechos por lo tanto es de justicia hacer todo lo que sea posible para eliminarla.

DOCTRINA

“REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA PARIDAD ELECTORAL”

ANGEL RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Malaga.

INTRODUCCION

Se entiende por paridad electoral la adopción de medidas legislativas, particularmente mediante la modificación de las normas electorales, que favorezcan la elección de mujeres para cargos públicos representativos. La finalidad última de estas medidas, cuyo ejemplo más claro viene dado por la reserva de cuotas femeninas en las listas electorales, consiste en fomentar la presencia de mujeres en las asambleas representativas nacionales, regionales y locales, y ello como medio para alcanzar, o al menos acercarse, a los postulados de la democracia paritaria, cuyo ideario establece que, del mismo modo que el electorado se compone, aproximadamente, de un porcentaje igual de hombres y mujeres, las asambleas de representantes deberían reflejar, también aproximadamente, la misma distribución por sexos.

El debate sobre la paridad electoral ha propiciado la adopción de medidas recientes en diversos países de la Unión Europea: en Bélgica, por ejemplo, la ley electoral exige una determinada proporción por sexo entre los integrantes de las candidaturas electorales. En Portugal, la constitución se ha reformado recientemente para permitir las cuotas electorales. En otros países la adopción de estas medidas ha suscitado problemas desde el punto de vista constitucional: así, la Corte Constitucional italiana declaró inconstitucional la adopción de cuotas femeninas en las candidaturas en las elecciones municipales, y en Francia se ha emprendido una modificación constitucional que permitirá su introducción tras una decisión contraria de su Consejo Constitucional. Es de esperar, pues, que el debate público sobre la paridad electoral - presente ya en determinados círculos académicos y políticos - se introduzca en nuestro país en breve plazo, y no sólo por el efecto de emulación al que puede conducir las iniciativas reseñadas, sino por la alta probabilidad de que se adopten medidas similares, a nivel comunitario, en los proyectos de régimen electoral uniforme para la elección del Parlamento Europeo.

Las líneas que siguen pretenden presentar unas primeras reflexiones acerca de la compatibilidad de la paridad electoral con nuestro régimen constitucional. De este modo, analizaremos la incidencia que sobre la introducción de medidas de este tipo puede tener la Constitución Española (CE) con referencia a cuatro aspectos concretos:

el concepto constitucional del pueblo como titular de la soberanía; la idea constitucional de representación política; las diferentes manifestaciones constitucionales de la igualdad y la posibilidad de que la paridad electoral sea introducida por el legislador autonómico.

Puede adelantarse que la conclusión a la que se llegará analizando la relación entre la Constitución y la paridad electoral en cada uno de estos puntos es la misma: desde ninguna de estas perspectivas nuestra Constitución impide la adopción de determinadas medidas de fomento de la democracia paritaria, antes bien, alguna de las normas constitucionales analizadas legitiman plenamente al legislador para llevarlas a cabo. Desde el punto de vista jurídico constitucional, esto significa que los grupos políticos y la ciudadanía pueden abordar el debate sobre la oportunidad política de la adopción de estas medidas sin temor, a nuestro juicio, de que las mismas puedan ser calificadas de inconstitucionales. Ello no significa, sin embargo, que la Constitución permita cualesquiera medidas tendentes a conseguir los fines mencionados sino que, como veremos a continuación, exige que las que, en su caso, se tomen, cumplan determinados principios constitucionales.

PARIDAD ELECTORAL Y SOBERANÍA

El primer obstáculo constitucional - como veremos, sólo aparente - que se opondría a la adopción de medidas de paridad electoral vendría dado por el concepto unitario de soberanía que impera en la CE. Desde su propia formulación inicial en la época preconstitucional, como herramienta para legitimar el poder del monarca absoluto, el concepto de soberanía exige que su ejercicio se lleve a cabo por un sujeto único y excluyente: el soberano sólo puede ser uno y su poder debe ser, por ser soberano, ilimitado. El propio concepto de soberanía impide, por lo tanto, la coexistencia de varios soberanos en un mismo territorio, es decir que varios sujetos compartan el ejercicio de la soberanía, pues, de este modo, el poder de cada uno de ellos sería un límite para el otro. Tal limitación sólo es admisible en una relación entre varios Estados, pero no en el interior del mismo.

Los nuevos regímenes constitucionales que aparecieron a partir de finales del siglo XVIII acudieron también al concepto de soberanía para legitimar la nueva forma de poder político. En sus primeras manifestaciones, ya des-

DOCTRINA

tronado el monarca absoluto, pero aún en un momento político que reflejaba su propia debilidad institucional, el constitucionalismo admitió una soberanía escindida, contraria pues a los postulados clásicos, ejercida simultáneamente por varios titulares. Sin embargo, aún con las variaciones propias de los diferentes países en donde se implanta un régimen constitucional, el sentido unitario de la soberanía se recuperará allí donde el régimen constitucional logre implantarse en toda su plenitud, atribuyéndose, de nuevo con carácter único y excluyente, a nuevos titulares: primero a la Nación y, a partir de la instauración del constitucionalismo democrático, al Pueblo. Puede pues afirmarse que el pueblo, como sujeto titular de la soberanía en el Estado democrático, se concibe también como un sujeto único y excluyente, que no admite escisiones internas en el ejercicio de su poder soberano. Es en este sentido como debe interpretarse el art 1.2 CE cuando establece que "la soberanía nacional reside en el pueblo". La introducción de medidas de paridad electoral no quiebra este concepto unitario de pueblo como titular de la soberanía. No al menos una paridad electoral puesta al servicio de un concepto de democracia paritaria que no pretende escindir el pueblo en dos mitades, hombres y mujeres. Esta sería la consecuencia, por ejemplo, de medidas que pretendieran el nacimiento de dos sujetos políticos distintos, el pueblo-hombres y el pueblo-mujeres, en el que cada uno de ellos compartiera con el otro la soberanía nacional tal y como en el siglo pasado lo hacían el Rey y las Cortes.

Sólo algunas propuestas más radicales abogan por medidas de esta índole, cuyo diseño institucional consiste en la formación de un parlamento de mujeres, elegido por mujeres, y que legisle sólo para las mujeres. Es claro, por el contrario, que ninguna de las propuestas introducidas en los países de nuestro entorno político pretenden alcanzar estos objetivos, y que en todos los casos se ha respetado la existencia de una voluntad nacional única, generada por los representantes de un único pueblo soberano cuya elección, eso sí, se ve condicionada por medidas incentivadoras de la presencia de mujeres. Dicho de otro modo, la paridad electoral actúa en el plano de la elección de los representantes, no en el del sujeto representado que sigue siendo único. Salvado pues el pretendido obstáculo que presentaría el entendimiento constitucional de soberanía popular, es necesario plantearse ahora otro tanto con respecto a la teoría constitucional de la representación.

PARIDAD ELECTORAL Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Que la cuestión realmente a abordar es la de la representación y no la de la soberanía se confirma por el hecho de que es preciso justificar la paridad electoral no sólo en la elección de las Cámaras que ejercen funciones directa-

mente ligadas con aquélla, sino también en relación con otras que no representan al pueblo titular de la soberanía al que se refiere el art 1.2 CE, sino a determinados conjuntos dentro de ese único titular del poder soberano, como es el caso de los ayuntamientos y de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Salvada, en lo términos antes expuestos, la pretendida incompatibilidad entre democracia paritaria y soberanía popular, la cuestión, es, por lo tanto, si la introducción de medidas de paridad electoral podría entrar en conflicto con el diseño constitucional de la representación política. También aquí la respuesta debe ser negativa.

Debe tenerse en cuenta, por una parte, que para la teoría constitucional de la representación política la relación representativa se establece siempre entre el conjunto del electorado y el conjunto de los representantes. Así, aunque en términos no jurídicos pueda afirmarse, por ejemplo, que los diputados de una determinada circunscripción provincial representan a ésta o que los de un determinado partido representan a éste, lo cierto es que la única relación de representación jurídicamente relevante es la que se establece entre todos los diputados - en puridad, todos los miembros de las cortes generales, diputados y senadores - y el conjunto del pueblo español. La imputación de una relación jurídica representativa exige pues, necesariamente, dos elementos: el conjunto de los representantes y el conjunto de los representados. Del mismo modo, sólo el conjunto de los miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas representan al pueblo de esa comunidad, y sólo el pleno del ayuntamiento representa a los vecinos. Cosa distinta es, como es lógico, que parlamentos y ayuntamientos expresen su voluntad mediante la regla de mayoría, voluntad que, una vez expresada, se imputa, con independencia de la mayoría alcanzada, a la cámara respectiva o a la corporación municipal como tal. De todo ello se deduce que la voluntad nacional (o autonómica o municipal) que expresan los representantes debe ser unitaria sólo en el momento de su manifestación, no en el momento de su creación. Esta es la razón por la cual no quiebra el principio de unidad que el cuerpo electoral se organice de determinados modos para elegir a sus representantes, mediante circunscripciones, distritos, designación indirecta en el caso de los senadores representantes de las CCAA, etc. Por esta misma razón, no afectaría en modo alguno la unidad de la voluntad general la exigencia de una determinada cuota de mujeres en las candidaturas.

En segundo lugar, hay que precisar que la Constitución y la Ley Orgánica del Régimen electoral General (LOREG) consagran como derecho fundamental el derecho a ser elegido y a permanecer en el cargo representativo, con los requisitos que señalen las leyes, "en condiciones de igualdad" (art 23.2 CE). Estas condiciones de igualdad no impi-

DOCTRINA

den que las leyes electorales impongan requisitos a las candidaturas, requisitos que pueden ser clasificados en dos grandes grupos: los que afectan al derecho fundamental al sufragio pasivo, como las inelegibilidades (arts 6-7 LOREG) y las incompatibilidades (arts 155-159, 178, 203 y 211 LOREG), que, respectivamente, impiden a determinadas personas concurrir a elecciones o si consiguen un escaño, desempeñarlo sin renunciar a un cargo o trabajo incompatible. Y otros que se vierten en el ordenamiento como requisitos técnicos que deben cumplir las candidaturas, sin afectar en realidad al derecho fundamental al sufragio pasivo. Entre estos últimos se encontrarían, por ejemplo, la necesidad de avales para presentar las candidaturas (exigidos por el art 220.3 LOREG para todas las candidaturas al Parlamento Europeo y por los arts 169.3 y 187.3 LOREG para las candidaturas que presenten las agrupaciones de electores a las elecciones generales y municipales), la exigencia de que las candidaturas cuenten con suplentes o que se presenten dentro del plazo y mediante los procedimientos establecidos (arts 44 y ss LOREG), etc.

Es muy probable que la exigencia de una cuota de representación por sexos ni siquiera afecte al derecho fundamental al sufragio pasivo, es decir, que pueda entenderse como una exigencia que se proyecta no sobre los candidatos, sino sobre las candidaturas. En todo caso, aún entendiéndolo como una limitación del derecho a ser elegido, acabamos de ver que el art 23 CE faculta al legislador a establecer los requisitos que considere oportunos para poder acceder a los cargos y funciones públicas. La única exigencia constitucional es que dichos requisitos respeten las condiciones de igualdad. Lo que nos lleva a concluir que es el contraste con la consideración constitucional de la igualdad el que decidirá qué requisitos son o no admisibles. Esto nos conduce al tercer aspecto de la relación paridad electoral - Constitución Española que nos proponíamos estudiar.

PARIDAD ELECTORAL, IGUALDAD Y PARTICIPACIÓN.

Cuando el art 23 CE habilita al legislador a exigir los requisitos que considere oportunos para poder ser elegido siempre que los mismos se lleven a cabo "en condiciones de igualdad" está haciendo referencia a las diferentes manifestaciones que de la igualdad hace nuestra Constitución: la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art 1.1); la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (art 14); y la igualdad material efectiva (art. 9.2). La interpretación sistemática de estas tres disposiciones sobre la igualdad llevada a cabo por el Tribunal Constitucional no arroja dudas sobre la posibilidad de que, en aras de la igualdad material, se limite el derecho fundamental a la igualdad de trato, es decir, se

introduzcan medidas de discriminación positiva. Esta línea interpretativa del TC se aleja decididamente de la seguida por la Corte Constitucional Italiana al decretar la inconstitucionalidad de la ley electoral que incorporaba las cuotas de mujeres en las candidaturas: para éste, la adopción de medidas de discriminación positiva no puede admitirse cuando incide directamente en el contenido mismo de los derechos fundamentales. En nuestro sistema constitucional, sin embargo, el ejercicio de los derechos fundamentales es uno de los campos típicos de proyección de las medidas de discriminación positiva. Con todo, la afirmación de la Corte encierra un punto de partida aplicable también en nuestro sistema constitucional, a saber, la especificidad que presenta el ejercicio de los derechos fundamentales para llevar a cabo medidas de discriminación positiva. Ello tiene algunas consecuencias importantes para el análisis, como por ejemplo, abandonar la perspectiva laboral a la hora de estudiar las cuotas electorales, pues es cierto que, en el caso de la participación política, nos encontramos, al contrario de lo que ocurre con el derecho al trabajo (art 35.1 CE) con un derecho constitucionalmente calificado como "fundamental". Sin embargo, especificidad no quiere decir, en este caso, imposibilidad: el TC ha reconocido de modo expreso que la igualdad material del art 9.2 modula la igualdad ante la ley del art 14 CE. Como se ha visto, las "condiciones de igualdad" del art 23 CE se interpretan por la jurisprudencia constitucional como una referencia al propio art. 14 CE. De ello se sigue, necesariamente, que el derecho de acceso a los cargos públicos del art 23.2 CE no debería quedar vedado (pues el art. 14 no lo está) a medidas de discriminación positiva favorecedoras de la igualdad material.

A todo ello debe añadirse que, a pesar de que no suele recordarse, el art 9.2 CE consagra igualmente, junto con la igualdad efectiva, el principio de fomento de la participación efectiva, ordenando a los poderes públicos a "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (...)". No parece, por lo tanto, discutible que el derecho de participación debe ser también, al igual que otros, un campo abierto a las medidas de discriminación positiva.

Desde el punto de vista constitucional, la cuestión central no consiste, pues, en la posibilidad de tomar medidas de este tipo. Más bien reside, como en el resto de los casos de discriminación positiva, en definir los contornos dentro de los cuales las medidas adoptadas respetarán el principio de proporcionalidad. De forma clara, el TC ha afirmado en reiteradas ocasiones que toda medida limitadora de derechos - y las de discriminación positiva pueden llegar a serlo - debe respetar el contenido esencial del derecho limitado, superando para ello el correspondiente test de proporcionalidad. Lógicamente, nada se puede decir de

DOCTRINA

esta exigencia sin analizar la forma concreta en la que se regularían las medidas de paridad electoral, pero parece claro, en principio, que las cuotas de mujeres en las candidaturas no deberían nunca adoptarse en términos absolutos que, por serlo, puedan derivar en una declaración de inconstitucionalidad. Existen varias vías, tomadas de la propia jurisprudencia constitucional, para evitar este exceso: una de ellas podría ser la adopción de cuotas obligatorias pero sólo en determinadas circunstancias (por ejemplo, la ley italiana distinguía, para las elecciones locales, entre poblaciones de más de 150.000 habitantes y el resto) o adoptadas sólo temporalmente, mediante la inclusión en la propia ley de medidas de revisión periódica de la cuota exigible en función del incremento paulatino de participación de la mujer en política. Otra vía para respetar el principio de proporcionalidad vendría dada por la adopción de medidas sólo incentivadoras de la presencia de cuotas femeninas: las candidaturas que las incluyeran gozarían de diversos incentivos electorales en cuanto a tramitación de las mismas, adelanto de la financiación electoral, acceso a los medios de comunicación para la campaña electoral, etc. Este tipo de incentivos están ya contemplados en la ley electoral para facilitar la presencia de las candidaturas presentadas por partidos políticos sobre las presentadas por otros colectivos. Reiteradamente el TC ha establecido que se encuentran justificadas por la relevancia que la Constitución concede a los partidos en el art 6 CE. La misma legitimidad debe concederse para modular la concurrencia de candidaturas a la igualdad y la participación material del art 9.2 CE.

PARIDAD ELECTORAL Y

RÉGIMEN ELECTORAL AUTONÓMICO

Resta por analizar, de entre las cuestiones propuestas al principio de este artículo, la cuestión de si las medidas de paridad electoral, cuya constitucionalidad no parece arro-

jar dudas, pueden adoptarse sólo por el legislador orgánico de la LOREG o si, por el contrario, pueden ser introducidas mediante reformas en las leyes electorales autonómicas que regulan el procedimiento de elección de los parlamentos de las CCAA. También aquí es posible encontrar sólidos fundamentos electorales para defender la paridad electoral a nivel de Comunidad Autónoma. Es preciso recordar, en primer lugar, que entre los artículos de la LOREG que son de aplicación a los procesos electorales autonómicos no se encuentran los que regulan los requisitos para la presentación de candidaturas, y que tanto la reserva de Ley Orgánica del art 81 CE como otras disposiciones constitucionales sobre la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales (arts 139.1 y 149.1.º CE) no impiden la existencia de legislación autonómica que, como en este caso, regule medidas de discriminación positiva para su ejercicio. Descartada una inconstitucionalidad material, sólo es necesario que la Comunidad Autónoma posea el título competencial adecuado. En el caso de la Comunidad Autónoma andaluza estos se encontrarían en el art 13.5 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que atribuye a la CA la competencia exclusiva sobre "Normas y procedimientos electorales para la constitución de sus instituciones de autogobierno". Y no falta tampoco un fundamento estatutario para la adopción de medidas de discriminación positiva en materia electoral: art 12.1 del Estatuto, reflejando lo prescrito por el art. 9.2 CE, establece igualmente la obligación de la Comunidad Autónoma de promover la igualdad y la participación reales y efectivas. Pero además, el Estatuto ha ido, como se sabe, aún más lejos que la propia Constitución y su art 12.2 establece expresamente que "La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política".

LEGISLACIÓN

LEY 38/1998, DE 27 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE AYUDA Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Comisión Nacional de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual es un órgano fundamental en el sistema español de protección a las víctimas de los delitos. Creada por el artículo 11 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, es competente para resolver los procedimientos de impugnación de las resoluciones en materia de las ayudas contempladas por dicha Ley. Además la Comisión Nacional es también competente para resolver los procedimientos de impugnación de las resoluciones del Ministerio del Interior en materia de resarcimientos a las víctimas de los delitos de terrorismo, de conformidad con el artículo 96 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales; Administrativas y del Orden Social.

La Comisión Nacional se integra en la Administración General del Estado a través del Ministerio de Justicia y ejerce sus funciones con plena autonomía y sin sometimiento a instrucciones jerárquicas. Conforme a su ley de creación, está presidida por un Magistrado del Tribunal Supremo, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

El nuevo apartado 3 del artículo 350 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redactado por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, ha introducido una previsión para los Magistrados del Tribunal Supremo consistente en que éstos sólo podrán desempeñar fuera del Tribunal Supremo las funciones de Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial y de miembros de la Junta Electoral Central.

Esta limitación introducida en el Estatuto de los Magistrados del Tribunal Supremo afecta directamente al cargo de Presidente de la precitada Comisión Nacional. El legislador ha configurado un régimen especial y más riguroso de incompatibilidades para los Magistrados del Tribunal Supremo, régimen que impide a esta categoría de Magistrados ejercer la presidencia de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, dado que esta función no está comprendida entre las contem-

pladas en el artículo 350.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como compatibles con el ejercicio de la función jurisdiccional.

Resulta por ello necesario reformar la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual en lo relativo a la composición de la Comisión Nacional, con el fin de que este órgano colegiado continúe siendo presidido por un miembro de la Carrera Judicial, que no tenga ahora condición de Magistrado del Tribunal Supremo, ya que el nuevo texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha hecho inviable la previsión de la Ley 35/1995, norma legal de carácter ordinario y anterior a aquélla.

La necesidad de esta modificación es evidente, ya que afecta a la presidencia de un órgano fundamental para garantizar los derechos de las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, así como los derechos de las víctimas de los delitos de terrorismo.

Artículo único. *Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.*

El apartado 2 del artículo 11 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, tendrá la siguiente redacción:

"2. El Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia, de Economía y Hacienda y del Interior, establecerá la composición y el régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional. Estará presidida por un Magistrado nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, e integrada por representantes de la Administración General del Estado y, en su caso, de las organizaciones vinculadas a la asistencia y defensa de las víctimas. En cualquier caso, corresponderá una de sus vocalías a un representante del Ministerio Fiscal, nombrado a propuesta del Fiscal General del Estado."

Disposición final única. *Entrada en vigor:*

"La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado".

LEGISLACIÓN

LEY ORGÁNICA 11/1999, DE 30 DE ABRIL, DE MODIFICACIÓN DEL TÍTULO VIII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL APROBADO POR LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Una proposición no de ley, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 26 de noviembre de 1996, complementada por otra de 6 de mayo de 1997 ambas a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular ha instado al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica en el que se revisen los tipos penales para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces específicamente mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual, y se tipifique penalmente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos cuando en ellos aparezcan personas de las características indicadas. Una recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida al Ministerio de Justicia con fecha 28 de noviembre del mismo año, abunda en consideraciones similares.

Las directrices que han guiado la redacción de las indicadas proposición y recomendación coinciden con las expresadas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En el mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, ha adoptado, el día 29 de noviembre de 1996, una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad.

Todo ello determina al Estado español a modificar las normas contenidas en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, las cuales no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigen-

cias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.

Al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos, y no el menos importante, de la reforma proyectada, desde el momento en que, según el artículo 10.1 de aquélla, "la dignidad de la persona los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social", lo que ha de ser completado por la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (STC 53/1985, fundamento jurídico 8, citada a título de ejemplo).

A las expresadas orientaciones responde la presente Ley Orgánica, la cual, no obstante el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, considera indispensable, por las razones ya expuestas, la reforma del Título VIII de su Libro II, a fin de tipificar de manera más precisa los llamados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes; reintroducir el delito de corrupción de menores o incapaces por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos; ampliar las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, también en relación con los menores e incapaces; acomodar la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad a cada una de las especies delictivas, y revisar el sistema de penas, rechazando aquellas sancio-

LEGISLACIÓN

nes que en este ámbito no resultarían adecuadas al principio de proporcionalidad o a las necesidades de la prevención general y especial que la sociedad demanda, como sucedería en principio con las meramente pecuniarias.

Asimismo los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código Penal de 23 de noviembre de 1995, han motivado que se complemente la reforma de la que se viene haciendo referencia con la revisión de los delitos de acoso sexual y el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual. También en estos supuestos se han procurado conjugar las necesidades de la prevención general y especial con el irrenunciable principio de proporcionalidad de las penas en el contexto general de todas las infracciones tipificadas en el nuevo título de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Además se ha previsto, siguiendo un notable ejemplo de derecho comparado, que en los delitos sexuales relativos a menores los plazos de prescripción no empiecen a correr hasta el día en que la víctima alcance su mayoría de edad, y se ha recordado expresamente la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación.

Por último, por la vía de la disposición final, se han modificado las reglas sobre competencia extraterritorial previstas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a fin de aplicar igualmente el principio de universalidad a los delitos de corrupción de menores o incapaces, por considerarlos en el actual momento histórico al menos de tanta trascendencia internacional como los delitos relativos a la prostitución, al responder unos y otros a la categoría internacional de delitos de explotación de seres humanos, renunciando, además, al principio de la doble incriminación cuando no resulte necesario en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte.

Artículo primero.

Se modifica el epígrafe del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que tendrá la siguiente redacción: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

Artículo segundo.

Se modifican los capítulos I a V del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/ 1995,

de 23 de noviembre, los cuales tendrán la siguiente redacción:

CAPÍTULO I**De las agresiones sexuales**

Artículo 178.

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años.

Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2ª. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3ª. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

4ª. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5ª. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

CAPÍTULO II**De los abusos sexuales**

Artículo 181.

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

LEGISLACIÓN

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurre la circunstancia 3ª. o la 4ª., de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

Artículo 182.

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concorra la circunstancia 3ª. o la 4ª., de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

Artículo 183.

1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurre la circunstancia 3ª. o la 4ª. de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

CAPÍTULO III

Del acoso sexual

Artículo 184.

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad

laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo.

CAPÍTULO IV

De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual

Artículo 185.

El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

Artículo 186.

El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de seis a doce meses.

CAPÍTULO V

De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores

Artículo 187.

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

LEGISLACIÓN

Artículo 188.

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.
3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
4. Si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.
5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

Artículo 189.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:
 - a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.
 - b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.
 A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.
2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
3. El que haga participar a un menor o incapaz en un

comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

5. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

Artículo 190.

La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.

Artículo tercero.

En el artículo 132.1 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se añade, a continuación de su texto vigente, el siguiente inciso:

“En los delitos de homicidio, aborto no consentido, lesiones, malos tratos, detenciones ilegales, torturas y otros delitos contra la integridad moral, contra la libertad sexual y contra la intimidad, cuando la víctima fuera menor de edad, desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad. Si la víctima falleciere antes de la mayoría de edad el plazo de prescripción se computará a partir de la fecha del fallecimiento.”

Artículo cuarto.

Se introduce en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, un nuevo artículo 57 con la siguiente redacción:

“Artículo 57.

Los Jueces y Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo se aproxime a la víctima o se comuni-

LEGISLACIÓN

que con ella o con su familia, vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años."

Artículo quinto.

Se introduce en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, un nuevo apartado 1º.bis en el artículo 83.1 con la siguiente redacción:

"Artículo 83.1.

1 bis) Prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia."

Artículo sexto.

Se introduce en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, un nuevo apartado g) en el artículo 105.1 con la siguiente redacción:

"Artículo 105.1.

g) Prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella o con su familia."

Artículo séptimo.

Se modifica el apartado 2 del artículo 617 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, cuya redacción pasa a ser la siguiente:

"Artículo 617.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses. Asimismo, los Jueces o Tribunales podrán acordar en sus sentencias, a petición de la víctima, la prohibición de que el reo se aproxime al ofendido o se comunique con él o con su familia, así como la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que se hubiere cometido la falta o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia si fueren distintos por tiempo de tres meses a un año."

Disposición final única.

1. Se modifica el apartado 2, punto a) del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

"Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito."

2. Se modifica el apartado 4, punto e) del artículo 23 de la mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

"Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces."

LEY ORGÁNICA 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, incluía entre sus medidas determinadas acciones legislativas encaminadas a la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas.

La articulación de tales medidas legislativas se concreta,

en cuanto se refiere al Código Penal, en la modificación de los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620, modificación que supone, entre otras innovaciones, la inclusión como pena accesoria de determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima, la tipificación como delito específico de la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas y hacer posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas, al mismo tiempo que se adecúa la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima.

LEGISLACIÓN

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la modificación de sus artículos 13 y 109, junto con la introducción de un nuevo artículo 544 bis, persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias. Por otro lado, se reforma el artículo 104 de dicha Ley para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, al tiempo que se elimina la obsoleta referencia que se contiene en dicho precepto a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos respecto de sus padres. También se revisa la redacción del artículo 103 con el objeto de ponerla en consonancia con el vigente Código Penal.

Por último, también dentro de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha procurado introducir un aspecto altamente novedoso de carácter procesal que puede redundar en una considerable minoración de las consecuencias que sobre la propia víctima o sobre los testigos menores de edad puede tener el desarrollo del proceso. En este sentido, se introduce la cobertura legal necesaria para que no se produzca confrontación visual entre aquéllos y el procesado; la forma de llevarse a cabo podrá consistir en la utilización de medios audiovisuales. Por congruencia con este principio, la práctica de careos cuando los testigos sean menores de edad pasa a tener carácter excepcional.

CAPITULO I

Modificaciones del Código Penal

Artículo Primero

Los artículos que a continuación se relacionan del Libro I del Código Penal se modifican en los siguientes términos:

1. La letra g) del apartado 2 del artículo 33 queda redactada de la forma siguiente:

«g)La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo superior a tres años.»

2.La letra f) del apartado 3 del artículo 33 queda redactada de la forma siguiente:

«f)La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo de seis meses a tres años.»

3.Se añade una letra b) bis al apartado 4 del artículo 33, con la siguiente redacción:

«b)bis. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo inferior a seis meses.»

4. La letra f) del artículo 39 queda redactada de la forma siguiente:

«f)La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.»

5.El artículo 48 queda redactado de la forma siguiente:

«La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación, o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.»

6.El artículo 57 queda redactado de la forma siguiente:

«Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del período de tiempo que los mismos señalen, que en ningún caso excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones:

a)La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

b)La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

c)La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente artículo, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infrac-

LEGISLACIÓN

ción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620 de este Código.»

7. Se añade un nuevo subapartado 1º.bis al apartado 1 del artículo 83, con la siguiente redacción:

«1º bis) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.»

8. Se añade una nueva letra g) al apartado 1 del artículo 105, con la siguiente redacción:

«g). Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.»

9. Se añade al apartado 1 del artículo 132, a continuación de su texto vigente, el siguiente inciso:

«En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.»

Artículo Segundo.

Los artículos 153, 617 y 620 del Código Penal se modifican en los siguientes términos:

1. El artículo 153 queda redactado de la forma siguiente:

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que 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.»

2. El apartado 2 del artículo 617 queda redactado como sigue:

«El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días. Cuando el

ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.»

3. En el artículo 620 se modifica el hasta ahora párrafo final y se añade un nuevo párrafo, que pasa a ser el último, quedando dichos párrafos con la siguiente redacción:

« Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»

CAPITULO II

Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Artículo Tercero.

Se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal las siguientes modificaciones:

1. El artículo 13 queda redactado de la forma siguiente:

«Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis de la presente Ley.»

2. El artículo 14, primero, queda redactado de la forma siguiente:

«Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción. Sin embargo, conocerá de los juicios por faltas tipificadas en los artículos 626, 630, 632 y 633 del Código Penal, el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido. También conocerán los Jueces de Paz de los juicios por faltas tipificadas en el artículo 620, 1º y 2º del Código Penal, excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 153 del mismo Código.»

3. El artículo 103 queda redactado de la forma siguiente:

«Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

1º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por

LEGISLACIÓN

el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia.

2º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de otros.»

4. El párrafo segundo del artículo 104 queda redactado de la forma siguiente:

«Las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada, con el que se perjudique u ofenda a particulares y en injurias leves sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes.»

5. Se añade al artículo 109 un último párrafo, redactado de la forma siguiente:

«En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.»

6. Se añade al artículo 448 un último párrafo, redactado de la forma siguiente:

«Cuando el testigo sea menor de edad el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.»

7. Se añade un segundo párrafo al artículo 455, con el siguiente contenido:

«No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.»

8. Se añade un nuevo artículo 544 bis, con la siguiente redacción:

«En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima,

imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o comunidad autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o comunidades autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculcado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización. El incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.»

9. Se añade un segundo párrafo al artículo 707, con el siguiente contenido:

«Cuando el testigo sea menor de edad el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.»

10. Se añade un segundo párrafo al artículo 713, con el siguiente contenido:

«No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez o Tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.»

Disposición final única.

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Comentario a las modificaciones del Código Penal en materia de protección de la libertad sexual y de persecución de malos tratos

El Parlamento ha aprobado recientemente, tras una accidentada tramitación, dos reformas legislativas en relación con la protección de la libertad sexual y con las víctimas de malos tratos: la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre /BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999) y la

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 138, de 10 de junio).

En octubre de 1997, el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley Orgánica con el objeto de modificar la regulación existente en los capítulos I a

LEGISLACIÓN

V del Título VIII del Libro II del Código Penal. Durante su tramitación parlamentaria en el Senado, a propuesta principalmente del Grupo Parlamentario Catalán de Convergència y Unió, se decidió aprovechar la ocasión para introducir enmiendas relativas a la protección de las víctimas de malos tratos, materia que, simultáneamente, era el objeto de un segundo Proyecto de Ley del Gobierno. Sin embargo, tras la devolución del texto enmendado al Congreso, en éste no se obtuvo la mayoría absoluta en votación final sobre el conjunto del proyecto necesaria para la aprobación de una Ley Orgánica. De este modo, tan sólo resultó aprobado lo contenido en el primer Proyecto, es decir, lo relativo a los delitos contra la libertad sexual y las escasas cuestiones relativas a los malos tratos que ya habían sido incorporadas en los trámites anteriores del Congreso.

Todo lo anterior hizo necesaria la presentación de un nuevo Proyecto de Ley dedicado a la regulación íntegra de los malos tratos. Éste partía de lo ya aprobado anteriormente en el Senado y fue tramitado por el procedimiento de urgencia, siendo objeto de algunas enmiendas en su paso por el Congreso y, finalmente, aprobado en el Senado con la misma redacción obtenida de la Cámara Baja.

Las principales novedades contenidas en la Ley Orgánica 11/1999 son las siguientes:

- En líneas generales, implica un considerable aumento de las penas para algunas de las figuras delictivas previstas en el citado Título VIII del Libro II del Código Penal. Castiga con prisión conductas para las que antes sólo estaba prevista multa (es el caso, por ejemplo, de determinados supuestos de abusos sexuales o delitos de exhibición obscena y provocación sexual).
- Se modifican las agravantes específicas del delito de agresiones sexuales, de modo que ahora basta para su aplicación con que la comisión de los hechos se deba a la actuación conjunta de dos o más personas -en vez de tres o más, actuando en grupo- y se considera especialmente vulnerable, a estos efectos, en todo caso, la víctima menor de trece años.
- Se incluye el concepto de indemnidad sexual, tanto en el epígrafe del Título VIII del Libro II del Código Penal, que pasa a llamarse "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", como en el art. 181 CP, donde se constituye, junto con la libertad sexual, en uno de los bienes protegidos.
- La edad de referencia para la presunción de ausencia de consentimiento en los abusos sexuales pasa a ser 13 años, en lugar de los 12 previstos con anterioridad. Este mismo cambio se produce en la figura de abuso sexual con engaño.

- Se añaden nuevos supuestos de hecho al tipo de acoso sexual, de modo que el tipo básico viene ahora a castigarse al que "solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante". Se agrava la pena cuando el culpable "hubiere cometido el hecho prevaléndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación". Así pues, pasa a castigarse como delito de acoso sexual el acoso entre iguales, sin necesidad de que exista superioridad del acosante en relación con la persona acosada. Igualmente, se castiga con una pena mayor el acoso sexual a víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.
- Se sanciona con la pena del delito de prostitución al que "directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima."
- Se refuerza la persecución de la pornografía infantil.
- Se sanciona como delito de corrupción de menores al que "haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste".

Gracias a las enmiendas presentadas, el Proyecto originario del Gobierno ha sido objeto de importantes modificaciones, que han suavizado en cierta medida su marcado carácter moralizante. De este modo, por ejemplo, el Gobierno pretendía penalizar toda relación sexual entre menores de 15 años y mayores de 18 (art. 181.2 del Proyecto) o consideraba actos de corrupción de menores los "encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual precoz o prematura, así como los actos de naturaleza sexual cuya intensidad, persistencia o continuidad puedan alterar el proceso normal de formación o desarrollo de la personalidad de aquéllos" (art. 189 bis del Proyecto). Quedaba en manos del juez, por tanto, la determinación de cuándo existe una vida sexual "precoz o prematura" o cuándo la intensidad, persistencia o continuidad de una relación sexual puede perjudicar la formación del menor.

De la redacción definitiva del texto legislativo se ha criticado la inclusión del concepto de indemnidad como bien

LEGISLACIÓN

protegido por los delitos sexuales. Se entiende que el único objeto posible de protección en este tipo de delitos, en un Estado social y democrático de Derecho, es la libertad sexual, de forma que sólo deben ser sancionadas las conductas que se realizan al margen de la voluntad de la víctima o contra quienes no tienen capacidad para decidir. Así, se entiende que la introducción del término "indemnidad" responde al intento de imponer una determinada moral sexual y de impedir, con ello, el libre desarrollo de la personalidad, constitucionalmente garantizado. En todo caso, si mediante la alusión a la indemnidad se pretende hacer referencia a propia protección de la libertad sexual, su mención diferenciada es totalmente criticable, por prescindible.

Asimismo, se critica la introducción del concepto de corrupción de menores, que, en determinados aspectos de su definición legal, presenta una notable amplitud, capaz, incluso, de poner en peligro el principio de legalidad que rige en materia penal. De este modo, se deja en manos del juez la identificación de aquellos comportamientos de naturaleza sexual que perjudican "la evolución o el desarrollo de la personalidad" del menor.

Por lo que respecta a la Ley Orgánica 14/1999, entre sus novedades más importantes, destacan las siguientes:

- Da una nueva redacción a la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de los arts. 33 y 39 del Código Penal, que pasa a recoger "la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos" durante un tiempo determinado. El nuevo art. 48 CP describe el contenido de esta pena, de manera que "la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares y otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual."
- Las penas mencionadas pueden ser adoptadas en delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la liber-

tad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, así como en las faltas de los arts. 617 y 620 CP, atendiendo siempre a la gravedad de los hechos o a la peligrosidad del delincuente.

- En el art. 153 CP se añade a la penalización del ejercicio habitual de violencia física sobre el cónyuge o persona que esté ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, la del ejercicio, también habitual, de violencia psíquica, no sólo sobre los sujetos mencionados, sino también sobre quien "haya sido su cónyuge" o "haya estado ligada a él -el autor de forma estable por análoga relación de afectividad".
- Se añade un criterio auténtico para la interpretación de la habitualidad a la que hacíamos antes referencia, de modo que se señala en la ley que "Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número os anteriores."
- En los supuestos de falta de los arts. 617. 2 y 620 CP, se obliga al juez a tener en cuenta la posible repercusión económica de la pena impuesta sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar, cuando el ofendido fuera alguno de los citados en el art. 153 CP -entre los que se incluyen el cónyuge o persona que esté ligada al autor de forma estable por análoga relación de afectividad, o quien haya tenido una de esas condiciones-.
- Se recoge la persecución de oficio de las faltas del art. 620 CP cuando el ofendido es alguno de los referidos en el art. 153 CP ("Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: 1.º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito. 2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve."). Tan sólo la persecución de las injurias sigue exigiendo denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.
- El Juez de Instrucción será competente para conocer de los juicios de faltas del art. 620 CP cuando el ofendido sea alguna de las personas que cita el art. 153 CP.
- El art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite al Juez o Tribunal que investigue uno de los delitos citados en el art. 57 CP, "de forma motivada y cuando sea *estrictamente necesario* al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpa-do" determinadas restricciones a su libertad de residencia y circulación, así como la prohibición de

LEGISLACIÓN

comunicarse con determinadas personas. Sin embargo, establece como criterios a la hora de decidir la imposición la adopción de estas medidas "la situación económica del inculpaado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización."

- La Ley entra en vigor el mismo día de su publicación en el BOE.

Cabe formular algunas reflexiones en relación con la indicada ley:

Por lo que respecta a la tipificación de la habitualidad, exige por el art. 153 CP para poder hablar de malos tratos, si bien resulta importante que la propia ley se haya encargado de definir dicho concepto de forma que no se exija la existencia de sentencias condenatorias reiteradas y firmes para apreciar su concurrencia, queda en el aire el número de actos de violencia que se va a requerir para su aplicación. En este sentido, fueron rechazadas las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario de IU y por la diputada Cristina Almeida, para los que debía bastar la acreditación de dos supuestos para poder hablar de habitualidad.

Por otra parte, aunque la preocupación sobre el posible daño económico que la imposición de la pena prevista para las faltas de los arts. 617.2 y 620 CP pueda ocasionar a la víctima se muestra en los propios preceptos, hubiera sido deseable una concreción más efectiva de la misma, de manera que se dejara claro que la pena de multa sólo se debe imponer si no perjudica de ningún modo la situación patrimonial de aquélla. Incluso, tal y como proponía el Grupo Socialista en una enmienda, se podría haber establecido como pena alternativa, la realización de trabajos

en beneficio de la comunidad de cuarenta y ocho a setenta y dos horas. Debe evitarse por todos los medios que la víctima de los malos tratos sufra al mismo tiempo las consecuencias de la pena impuesta al autor de los mismos, cuando en muchas ocasiones puede depender económicamente de éste.

Otro aspecto susceptible de crítica es la redacción que se da al art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Éste exige que la adopción de la medida cautelar de alejamiento sólo se realice "cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima". En realidad, cualquier medida cautelar se adopta cuando es necesario, como consecuencia del propio principio constitucional de proporcionalidad. Sin embargo, la introducción de dicho inciso puede condicionar la decisión del órgano judicial, que ya suele ser reacio a adoptar medidas cuando afectan al ámbito familiar, en perjuicio de la efectiva protección de los derechos de la víctima.

En este mismo sentido, tendente a otorgar mayor valor a los derechos del presunto agresor que a los de la víctima, se añade a este artículo un párrafo tercero, antes transcrito, del que parece deducirse que tanto la situación económica del inculpaado -ni siquiera de la víctima- como los requerimientos de su salud, situación familiar o laboral merecen mayor protección que el derecho a la vida o a la integridad de la víctima, cuando, entendemos, el orden de prioridades debería ser precisamente el contrario, por la propia naturaleza de los bienes en conflicto.

Así pues, sin perjuicio de la valoración global positiva que merece la aparición de leyes que pretenden proteger en mayor medida a la mujer frente a los delitos contra su libertad sexual o frente a los malos tratos, existen aspectos de ambos textos que son susceptibles de crítica. (RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ).

JURISPRUDENCIA • TJCE •

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, de 19 de noviembre de 1998. Condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas.

TEXTO DE LA SENTENCIA

*SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
(Sala Sexta) de 19 de noviembre de 1998*

(...) 1. Mediante resolución de 20 de febrero de 1996, recibida en el Tribunal de Justicia el 11 de marzo siguiente, el

Sr. Handelsret planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 119 del mismo Tratado; de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos

y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52); de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), y de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE; DO L 348, p. 1).

2. Dicha cuestión se suscitó en el marco de litigios entre las Sras. Høj Pedersen, Andersen, Pedersen y Sørensen y sus empresarios respectivos, a saber, Kvickly Skive, los Sres. Bagner y Rasmussen, y Hvitfeldt Guld og Sølv ApS, en relación con el mantenimiento de su salario durante ausencias del trabajo debidas a sus embarazos.

La legislación comunitaria

3. El artículo 119 del Tratado establece lo siguiente:

«Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
- b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo».

4. La Directiva 75/117, que, conforme a su cuarto considerando, está destinada a facilitar la aplicación concreta de la disposición que acaba de citarse, dispone, en su artículo 1:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará "principio de igualdad de retribución", implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos,

y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo».

5. El apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207 establece:

«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».

6. No obstante, a tenor del apartado 3 del artículo 2, la Directiva 76/207 «no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad».

7. A continuación, el apartado 1 del artículo 5 de esta misma Directiva precisa:

«La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo».

8. El artículo 4 de la Directiva 92/85 establece:

«Evaluación e información

1. Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, para poder:

- apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2;
- determinar las medidas que deberán adoptarse.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 89/391/CEE, en la empresa o establecimiento de que se trate, se comunicará a todas las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, y a las trabajadoras que puedan encontrarse en una de las situaciones citadas en el artículo 2, y/o a sus representantes, los resultados de la evaluación contemplada en el apartado 1 y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo».

9. Seguidamente, el artículo 5 dispone:

«Consecuencias de los resultados de la evaluación

1. Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva 89/391/CEE, si los resultados de la evaluación mencionada en el apartado 1 del artículo 4 revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar,

JURISPRUDENCIA • TJCE •

mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.

2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada.

3. Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

4. En caso de que una trabajadora estuviera desempeñando una actividad prohibida según el artículo 6 y quedara embarazada o empezara el período de lactancia e informara de ello al empresario, se aplicarán las disposiciones del presente artículo *mutatis mutandis*.

10. Por su parte, el artículo 11 de la misma Directiva establece:

«Derechos inherentes al contrato de trabajo

Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) En los casos contemplados en los artículos 5, 6 y 7, deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales.

2) En el caso citado en el artículo 8, deberán garantizarse: a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, distintos de los indicados en la siguiente letra b);

b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2.

3) La prestación contemplada en la letra b) del punto 2 se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales [...].»

La legislación nacional

11. El artículo 5 de la lov n. 516 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, de 23 de julio de 1987 (Ley por la que se regulan las relaciones jurídicas entre empresarios y empleados; en lo sucesivo, «Ley de los empleados») establece, en su apartado 1:

«Si un empleado no estuviera en condiciones de realizar su trabajo por razón de enfermedad, el consiguiente incumplimiento de sus tareas se considerará originado por un impedimento legítimo, a no ser que, en el marco de una relación laboral, el empleado contraiga la enfermedad de forma deliberada o por negligencia grave, o bien, en el momento de acceder al puesto de trabajo, oculte fraudulentamente la existencia de la enfermedad de que se trate.»

12. De la resolución de remisión resulta que el concepto de enfermedad que utiliza esta disposición comprende toda afección o dolencia física o psíquica que implique, a juicio del médico, que el empleado no pueda desempeñar su trabajo.

13. Conforme al artículo 5 de la lov n. 852 om dagpenge ved sygdom eller fødsel, de 20 de diciembre de 1989 (Ley relativa a la asignación diaria por razón de enfermedad o de parto; en lo sucesivo, «Ley sobre la asignación diaria»), el empleado que se halle en estado de incapacidad laboral total por causa de enfermedad sigue percibiendo la totalidad de su salario. Posteriormente, el empresario puede obtener el reembolso de las asignaciones diarias que haya obtenido el empleado.

14. Por otra parte, en materia de embarazo y maternidad, el artículo 7 de la Ley de los empleados establece:

«1. A efectos de la organización del trabajo por el empresario, la empleada le comunicará, al menos tres meses antes de la fecha prevista para el parto, el momento en que tiene pensado comenzar su permiso de maternidad.

2. En caso de embarazo de una empleada, el empresario estará obligado a pagarle la mitad del salario cuando se encuentre en situación de incapacidad laboral y durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto. El empresario quedará sujeto a la misma obligación cuando considere que, aunque la empleada no se encuentre en situación de incapacidad laboral, no puede continuar dándole empleo. Si el empresario despide a la empleada, estará obligado a pagarle la totalidad de su salario hasta que pueda producirse dicho despido, con el preaviso a que tenga derecho la empleada.»

15. De la resolución de remisión resulta que la incapacidad laboral por causa de embarazo y de parto no confiere, en principio, los mismos derechos que la incapacidad laboral por causa de enfermedad.

16. Así, tal como resulta de la disposición antes citada, durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto y que finalice, como tarde, tres meses después de éste, la empleada únicamente tiene derecho a percibir de su empresario la mitad de su salario.

17. Por el contrario, la empleada que contraiga una enfermedad durante el embarazo, pero antes de que dé

comienzo el permiso de maternidad, sólo tiene derecho a percibir la totalidad de su salario, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de los empleados, si dicha enfermedad no guarda relación con su embarazo.

18. En efecto, en caso de incapacidad laboral o de impedimento legítimo por un motivo concreto relacionado con el embarazo, producidos antes del período de los tres meses que preceden al parto, la empleada no tiene, en principio, derecho a percibir su salario, pero sí las prestaciones contempladas en la Ley relativa a la asignación diaria y en la Circular n. 191, de 27 de octubre de 1994.

19. A instancia del empresario, la empleada está obligada a justificar la incapacidad laboral. Esta última debe haber sido apreciada por un médico. La empleada no tiene que precisar las causas de la incapacidad laboral, pero sí ha de indicar si está relacionada con el embarazo.

20. Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 7 de la Ley de los empleados, el empresario puede negarse a dar trabajo a una empleada embarazada, aun cuando ésta no se encuentre en situación de incapacidad laboral, cuando considere que no puede seguir empleándola. En este caso, el empresario debe abonarle la mitad de su salario.

21. Según el órgano jurisdiccional remitente, las razones a que obedece esta disposición consisten en que, habida cuenta de la naturaleza de un puesto determinado, el empresario puede exigir de la empleada una capacidad de trabajo tal que justifique que aquélla deje de trabajar en una fecha anterior al período de los tres meses que preceden al parto. El empresario debe poder motivar el cese de la empleada.

Los litigios principales

22. Las Sras. Høj Pedersen, Andersen, Pedersen y Sørensen están sujetas a la Ley de los empleados danesa. Todas ellas sufrieron trastornos durante el desarrollo de su embarazo antes de los tres meses que precedían a la fecha prevista para el parto.

23. En consecuencia, las Sras. Høj Pedersen y Andersen fueron declaradas en situación de incapacidad laboral total y dejaron de percibir su salario de su empresario, quien les indicó que reclamaran la asignación diaria.

24. A la Sra. Pedersen, por su parte, sólo se le reconoció una incapacidad laboral parcial. Por consiguiente, propuso a su empresario, Sr. Rasmussen, la reanudación de su trabajo con horario reducido, sugerencia que el empresario no aceptó. Posteriormente, se comunicó a la interesada que se había contratado a una persona a jornada completa para sustituirla y que ya no recibiría su salario; en consecuencia, también a ella se le propuso que solicitara la asignación diaria anticipada por maternidad.

25. Durante la vista se reveló que existían dudas respecto al estado de incapacidad de la Sra. Sørensen.

26. Las demandantes en los procedimientos principales

interpusieron sendos recursos ante el Søg og Handelsret y, remitiéndose a las normas de Derecho comunitario en materia de igualdad de trato entre los sexos, impugnaron la interpretación del artículo 5 de la Ley de los empleados según la cual las mujeres que se encuentren en situación de incapacidad laboral, por un motivo relacionado con el embarazo, antes del período de los tres meses que preceden al parto no tienen derecho a percibir la totalidad de su salario.

27. Por considerar que el resultado de los litigios de que conoce depende de la interpretación que deba hacerse del Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional nacional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se opone el Derecho comunitario, y en particular el artículo 119 del Tratado CE, la Directiva 75/117/CEE, la Directiva 76/207/CEE y la Directiva 92/85/CEE, a que una legislación nacional exima a los empresarios del pago del salario a las trabajadoras embarazadas cuando

1) la ausencia sea debida a que el embarazo agrava considerablemente una enfermedad que, por lo demás, no tiene relación alguna con el embarazo;

2) la ausencia sea debida a una enfermedad causada por el embarazo;

3) la ausencia sea debida al hecho de que el desarrollo del embarazo adquiere carácter patológico, de modo que la continuación del trabajo supondría un riesgo para la salud de la mujer o la del feto;

4) la ausencia sea debida a trastornos comunes del embarazo, propios de un normal desarrollo de éste, cuando no se da por otras razones una incapacidad laboral;

5) la ausencia se produzca como consecuencia de una prescripción médica realizada para proteger al feto, pero sin que dicha prescripción médica se funde en la existencia de una situación patológica propiamente dicha o de riesgos especiales para el feto;

6) la ausencia sea debida a que el empresario, en razón únicamente del embarazo, no considera posible obtener provecho de la capacidad laboral de la trabajadora embarazada, a pesar de que dicha trabajadora no se encuentra en situación de incapacidad laboral,

y cuando en las situaciones descritas en los supuestos 1 a 3 y 6, el Estado garantiza a la trabajadora embarazada una asignación diaria por un importe idéntico al que percibiría en caso de incapacidad laboral por enfermedad, mientras que en las situaciones descritas en los supuestos 4 y 5 la trabajadora no percibe asignación diaria del Estado,

y cuando, por lo demás, con arreglo a la legislación nacional, el empresario tiene la obligación de pagar la totalidad del salario en caso de enfermedad?».

Por lo que se refiere a los supuestos primero, segundo y tercero

JURISPRUDENCIA • TJCE •

28. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pide que se dilucide, en primer lugar, si el artículo 119 del Tratado, así como las Directivas 75/117 y 92/85 se oponen a una legislación nacional que prevé que una mujer embarazada que, antes de que dé comienzo su permiso de maternidad, sea declarada en situación de incapacidad laboral como consecuencia de un estado patológico relacionado con su embarazo, acreditada mediante certificado médico, no tiene derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario, sino únicamente a cobrar una asignación diaria abonada por una entidad local, cuando, en caso de incapacidad laboral por causa de enfermedad, acreditada mediante certificado médico, el trabajador tiene, en principio, derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario.

29. Con carácter preliminar, procede recordar que la Directiva 75/117 está destinada esencialmente a facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de retribuciones establecido por el artículo 119 del Tratado y, por consiguiente, no afecta para nada al contenido y al alcance de este principio, tal como lo define esta última disposición (sentencia de 3 de diciembre de 1987, *Newswad*, 192/85, Rec. p. 4753, apartado 20).

30. Respecto a la Directiva 92/85, ha de señalarse que fue adoptada el 19 de octubre de 1992 y que, según lo dispuesto en su artículo 14, los Estados miembros debían adaptar sus ordenamientos jurídicos internos a dicha Directiva dentro de los dos años siguientes. La circunstancia de que los hechos que dieron lugar a los procedimientos principales se produjeran fundamentalmente antes de que finalizara el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, pero después de la adopción de esta última, no impide que el órgano jurisdiccional nacional solicite al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre su interpretación (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, Rec. p. I-7411, y de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, Rec. p. 3969).

31. En efecto, según jurisprudencia reiterada, el artículo 177 del Tratado, basado en una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, no permite que este último se pronuncie sobre los hechos del caso de autos ni que censure los motivos del recurso. Cuando un órgano jurisdiccional nacional solicita la interpretación de un texto de Derecho comunitario, ha de considerarse que estima que dicha interpretación es necesaria para la resolución del litigio (sentencia de 5 de octubre de 1977, *Tedeschi/Denkavit*, 5/77, Rec. p. 1555, apartados 17 a 19).

32. Procede recordar también que, como afirmó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de julio de 1989, *Rinner-Kühn* (171/88, Rec. p. 2743), el salario que debe pagar el empresario durante el período de baja por

enfermedad de un trabajador está incluido en el concepto de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado, que comprende todas las ventajas en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de este último, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo o de disposiciones legislativas o tengan carácter voluntario (véanse las sentencias de 17 de mayo de 1990, *Barber*, C-262/88, Rec. p. I-1889, apartado 12, y de 6 de febrero de 1996, *Lewark*, C-457/93, Rec. p. I-243, apartado 21).

33. A continuación, ha de señalarse que, si bien el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico (sentencia de 14 de julio de 1994, *Webb*, C-31/93, Rec. p. I-3567), no es menos cierto que el embarazo es un período durante el cual es posible que se produzcan trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Dichos trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, comparten la especificidad de este estado (sentencia de 30 de junio de 1998, *Brown*, C-394/96, Rec. p. I-0000, apartado 22).

34. En el presente asunto, de los autos resulta que, con arreglo a la legislación de que se trata en los procedimientos principales, todo trabajador tiene, en principio, derecho a conservar la totalidad de su salario en caso de incapacidad laboral.

35. Por consiguiente, el hecho de que una mujer se vea privada, antes de que dé comienzo su permiso por maternidad, de la totalidad de su salario, cuando la incapacidad laboral que sufre resulta de un estado patológico relacionado con el embarazo, debe considerarse fundamentalmente basado en el embarazo y, en consecuencia, discriminatorio.

36. Sólo podría afirmarse lo contrario en caso de que las cantidades percibidas por las empleadas en concepto de asignación diaria equivalieran al importe de su retribución. Si así fuera, correspondería al órgano jurisdiccional remitente comprobar además si el hecho de que la asignación diaria sea abonada por una entidad local puede crear una discriminación contraria al artículo 119 del Tratado.

37. De ello resulta que la aplicación de disposiciones legales como aquéllas de que se trata en los procedimientos principales implica una discriminación contra las trabajadoras, contraria al artículo 119 del Tratado y a la Directiva 75/117.

38. Los demandados en los procedimientos principales alegan que el artículo 11 de la Directiva 92/85 permite que las legislaciones nacionales prevean un límite máxi-

mo para las prestaciones que pueden recibir las trabajadoras en caso de embarazo. Por otra parte, afirman que, si existiera una discriminación, estaría justificada por el hecho de que la legislación danesa constituye el reflejo de un reparto de los riesgos y de las cargas económicas relacionadas con el embarazo entre la trabajadora embarazada, el empresario y la sociedad, reparto que se explica fundamentalmente por una ponderación entre el afán por facilitar el acceso de las mujeres al mercado laboral y la necesidad de garantizarles una protección en caso de embarazo.

39. En primer lugar, ha de destacarse que el artículo 11 de la Directiva 92/85 admite, en su apartado 3, que una legislación nacional aplique un límite máximo determinado únicamente respecto a las retribuciones o prestaciones pagadas a las trabajadoras en el marco del permiso de maternidad tal como, por otra parte, se define en el artículo 8 de esta misma Directiva.

40. Por su parte, la voluntad de garantizar un reparto de los riesgos y de las cargas económicas relacionados con el embarazo entre la trabajadora embarazada, el empresario y la sociedad no puede justificar la discriminación a que se ha hecho referencia en el apartado 35 de la presente sentencia. En efecto, no puede calificarse como factor objetivo ajeno a toda discriminación por razón de sexo en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase la sentencia *Lewark*, antes citada, apartado 31).

41. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 119 del Tratado y la Directiva 75/117 se oponen a una legislación nacional que prevé que una mujer embarazada que, antes de que dé comienzo su permiso de maternidad, sea declarada en situación de incapacidad laboral como consecuencia de un estado patológico relacionado con su embarazo, acreditada mediante certificado médico, no tiene derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario, sino únicamente a cobrar una asignación diaria abonada por una entidad local, cuando, en caso de incapacidad laboral por causa de enfermedad, acreditada mediante certificado médico, el trabajador tiene, en principio, derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario.

Por lo que respecta a los supuestos cuarto y quinto

42. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide, en segundo lugar, si el artículo 119 del Tratado y la Directiva 75/117 se oponen a una legislación nacional que establece que una mujer embarazada que, antes de que dé comienzo su permiso de maternidad, esté ausente de su trabajo bien por causa de trastornos comunes del embarazo, cuando no se da por otras razones una incapacidad laboral, bien como consecuencia de una prescripción médica realizada para proteger al feto que no se funde en la existencia de una situación patológica propiamente dicha o de riesgos especiales para el

feto, no tiene derecho a que el empresario le abone su salario, cuando todo trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad tiene, en principio, derecho a ello.

43. Con carácter preliminar, procede señalar que, durante la vista, se ha revelado que el órgano jurisdiccional remitente no ha resuelto aún definitivamente la cuestión de si la Sra. *Sørensen* está comprendida en el cuarto o el quinto supuesto.

44. No obstante, procede contemplar las dos hipótesis descritas.

45. En efecto, como declaró ya el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de julio de 1979, *Union laitière normande* (244/78, Rec. p. 2663), apartado 5, la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho comunitario útil para el Juez nacional exige que se defina el marco jurídico en el que debe situarse la interpretación solicitada. Desde esta perspectiva, puede ser conveniente, según los casos, que los hechos del litigio estén acreditados y que los problemas de estricto Derecho nacional estén resueltos en el momento de la remisión al Tribunal de Justicia, de modo que éste conozca todos los elementos de hecho y de Derecho que pueden ser relevantes para la interpretación que se le solicita del Derecho comunitario (sentencia de 10 de marzo de 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association* y otros, 36/80 y 71/80, Rec. p. 735, apartado 6).

46. No obstante, estas consideraciones no limitan en absoluto la facultad de apreciación del Juez nacional, que es el único que tiene un conocimiento directo de los hechos del asunto y de las alegaciones de las partes, que debe asumir la responsabilidad de la futura solución del litigio, y que, por lo tanto, es quien se halla mejor situado para apreciar en qué fase del procedimiento necesita una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia (sentencia *Irish Creamery Milk Suppliers Association* y otros, antes citada, apartado 7).

47. A continuación, procede recordar que, como resulta del apartado 32 de la presente sentencia, el salario percibido por un trabajador mientras se encuentra en situación de incapacidad laboral por enfermedad está comprendido dentro del concepto de retribución, en el sentido del artículo 119 del Tratado.

48. No obstante, es importante señalar que, a diferencia de los tres primeros supuestos descritos por el órgano jurisdiccional remitente, la trabajadora embarazada está ausente de su trabajo, antes de que dé comienzo su permiso de maternidad, no por causa de un estado patológico o de riesgos especiales para el feto que produzcan una incapacidad laboral acreditada mediante certificado médico, sino como consecuencia bien de trastornos comunes del embarazo, bien de una simple prescripción médica, sin que en ninguna de las dos situaciones se produzca una incapacidad laboral.

49. En consecuencia, la disminución o incluso la pérdida de salario que afecta a la empleada como resultado de tales ausencias no motivadas por una incapacidad laboral no puede considerarse esencialmente basada en el embarazo, sino más bien en la decisión de la empleada de no trabajar.

50. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 119 del Tratado y la Directiva 75/117 no se oponen a una legislación nacional que establece que una mujer embarazada que, antes de que dé comienzo su permiso de maternidad, esté ausente de su trabajo bien por causa de trastornos comunes del embarazo, cuando no se da por otras razones una incapacidad laboral, bien como consecuencia de una prescripción médica realizada para proteger al feto que no se funde en la existencia de una situación patológica propiamente dicha o de riesgos especiales para el feto, no tiene derecho a que el empresario le abone su salario, cuando todo trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad tiene, en principio, derecho a ello.

Por lo que respecta al sexto supuesto

51. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide finalmente que se dilucide si las Directivas 76/207 y 92/85 se oponen a una legislación nacional que prevé que un empresario tiene, cuando considera que no puede dar trabajo a una mujer embarazada que, no obstante, no está en situación de incapacidad laboral, la posibilidad de obligarla a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario.

52. En primer lugar, procede señalar que, conforme al artículo 5 de la Directiva 76/207, los hombres y las mujeres deben disfrutar de las mismas condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido.

53. En la medida en que una legislación como aquella de que se trata en los procedimientos principales afecta exclusivamente a los empleados de sexo femenino, constituye una discriminación, contraria a aquella disposición.

54. Es cierto que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad», el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste (sentencia Webb, antes citada, apartado 20).

55. No obstante, una legislación como aquella de que se trata en los procedimientos principales no puede estar incluida dentro del ámbito de aplicación de esta disposición.

56. En efecto, de la resolución de remisión resulta que la legislación danesa no está dirigida tanto a proteger la condición biológica de la mujer embarazada como los intere-

ses del empresario. Así, según el órgano jurisdiccional nacional, dicha legislación tiene su origen en la idea de que, habida cuenta de la naturaleza del puesto de trabajo, el empresario puede exigir de la empleada una capacidad de trabajo tal que justifica que aquella deje de trabajar en una fecha anterior al período de los tres meses que preceden al parto.

57. Por lo que respecta a la Directiva 92/85, procede señalar que sus artículos 4 y 5 establecen un procedimiento de evaluación y de información para las actividades que pueden presentar un riesgo para la seguridad o la salud, así como repercusiones sobre el embarazo o el período de lactancia de las trabajadoras. Este procedimiento puede llevar a una organización provisional por parte del empresario de las condiciones y/o del tiempo de trabajo o, si dicha organización no es posible, a un cambio de puesto. Sólo en caso de que dicho cambio de puesto resulte igualmente imposible, la trabajadora queda, conforme a las legislaciones o a las prácticas nacionales, dispensada de trabajar durante todo el período necesario para la protección de su salud o de su seguridad.

58. De la resolución de remisión resulta que una legislación como aquella de que se trata en los litigios principales no reúne los requisitos materiales y formales exigidos por la Directiva 92/85 para dispensar a la trabajadora de efectuar su prestación de trabajo. Por una parte, el cese de la empleada responde al interés del empresario; por otra, el empresario puede tomar esta decisión sin examinar previamente la posibilidad de organizar las condiciones y/o el tiempo de trabajo de la empleada o incluso la posibilidad de destinarla a otro puesto.

59. De las consideraciones anteriores se deduce que las Directivas 76/207 y 92/85 se oponen a una legislación nacional que prevé que un empresario tiene, cuando considera que no puede dar trabajo a una mujer embarazada que, no obstante, no está en situación de incapacidad laboral, la posibilidad de obligarla a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario.

Costas

60. Los gastos efectuados por los Gobiernos francés y del Reino Unido y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes de los litigios principales, 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 Sr. Handelsret mediante resolución de 20 de febrero de 1996, declara:

1. El artículo 119 del Tratado CE y la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relati-

va a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, se oponen a una legislación nacional que prevé que una mujer embarazada que, antes de que dé comienzo su permiso de maternidad, sea declarada en situación de incapacidad laboral como consecuencia de un estado patológico relacionado con su embarazo, acreditada mediante certificado médico, no tiene derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario, sino a cobrar una asignación diaria abonada por una entidad local, cuando, en caso de incapacidad laboral por causa de enfermedad, acreditada mediante certificado médico, el trabajador tiene, en principio, derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario.

2. El artículo 119 del Tratado y la Directiva 75/117 no se oponen a una legislación nacional que establece que una mujer embarazada que, antes de que dé comienzo su permiso de maternidad, esté ausente de su trabajo bien por causa de trastornos comunes del embarazo, cuando no se da por otras razones una incapacidad laboral, bien como consecuencia de una prescripción médica realizada para proteger al feto que no se funde en la existencia de una situación patológica propiamente dicha o de riesgos especiales para el feto, no tiene derecho a que el empresario le abone su salario, cuando todo trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad tiene, en principio, derecho a ello.

3. La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), se oponen a una legislación nacional que prevé que un empresario tiene, cuando considera que no puede dar trabajo a una mujer embarazada que, no obstante, no está en situación de incapacidad laboral, la posibilidad de obligarla a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario.

COMENTARIO A LA STJCE DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1998.

Esta sentencia del Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial suscitada por un órgano judicial danés, que plantea la adecuación al Derecho Comunitario de la legislación danesa relativa a la exención a los empresarios

del pago del salario a trabajadoras embarazadas. Dicho órgano judicial debía resolver diversos litigios entre trabajadoras y empresas, que tenían como rasgo en común la retribución correspondiente a las ausencias del trabajo relacionadas con el embarazo. A través de este procedimiento se solicita la interpretación sobre el alcance de la legislación comunitaria en materia de igualdad de trato y de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, que, en estos supuestos, es tanto Derecho originario, como Derecho derivado.

El Tribunal de Justicia ha concentrado en tres grupos de problemas los seis supuestos en que consistía la petición de una decisión prejudicial realizada por el órgano jurisdiccional danés. Es en el análisis del segundo grupo, donde la argumentación del Tribunal se presenta menos consistente desde una perspectiva de género, porque en los otros dos grupos se aprecia el interés por poner de manifiesto las razones discriminatorias que justificaban la legislación danesa.

A) El primer grupo de problemas se plantea acerca de la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la legislación nacional, en este caso la ley danesa establece para las mujeres embarazadas una regulación de las condiciones de la incapacidad laboral por enfermedad -en particular, del derecho a recibir de su propio empresario la totalidad del salario-, distinta de la prevista con carácter general para ese tipo de incapacidad laboral. Debe precisarse, para obtener la completa perspectiva del problema, que se trata de un momento del embarazo anterior al comienzo del permiso de maternidad.

El Tribunal, recordando que el embarazo no es un estado patológico, afirma que sí es un período durante el cual es posible la producción de trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Por ello, esos trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, comparten la especificidad de este estado. La declaración de incapacidad laboral resultante de estados patológicos relacionados con el embarazo no puede comportar la privación o una disminución del salario, porque el fundamento de una norma que prevea esta posibilidad es el embarazo y, por tanto, discriminatorio.

Ciertamente en el caso danés, en estos supuestos el empresario indicaba a la trabajadora embarazada que solicitara la asignación diaria prevista a tal efecto por la legislación y que era pagada por las entidades locales previstas. Desde una estricta perspectiva de igualdad, aunque la cantidad recibida de la mencionada entidad local fuera equivalente al salario íntegro, podría ser contrario al Derecho Comunitario originario que el pago lo realizara

esa institución y no el propio empresario, como en todos los demás supuestos de incapacidad laboral por enfermedad.

Indica, igualmente, el Tribunal que la directiva relativa a este supuesto permite que la legislación nacional establezca un límite máximo a las prestaciones a recibir durante el permiso por maternidad, pero este límite no es posible aplicarlo en las prestaciones a recibir por el embarazo.

Finalmente, trata el Tribunal la fundamentación de esta legislación danesa, basada en el reparto de los riesgos y cargas económicas relacionadas con el embarazo entre la trabajadora embarazada, el empresario y la sociedad. Considera el Tribunal que dicha fundamentación no puede justificar la discriminación descrita.

B) En segundo lugar, se estudian las ausencias del trabajo -también antes del comienzo del permiso por maternidad- de mujeres embarazadas, motivadas por lo que califica la sentencia como "trastornos comunes del embarazo", o producidas a causa de prescripciones médicas realizadas para proteger al feto, pero que no se fundan en la existencia de una situación patológica propiamente dicha o en riesgos especiales para el feto. En ninguna de estas dos situaciones se da la incapacidad laboral.

El Tribunal considera que la disminución e, incluso, la pérdida del salario en estos dos supuestos, no está basado en el embarazo y, por tanto, no son discriminatorias. Para la sentencia, aquí estas consecuencias están basadas "más bien en la decisión de la empleada de no trabajar" (nº 49). Ya se ha indicado que el análisis de estos supuestos es el menos convincente desde una perspectiva de género. Excesiva se muestra, en ese sentido la resolución, cuando unifica este problema en una decisión de la mujer de no trabajar. La apreciación de estas ausencias del trabajo, relacionadas con el embarazo, debieran afrontar un más detenido examen de sus presupuestos. En todo caso, atendiendo a la protección dispensada por cada ordenamiento constitucional, por ejemplo, a través de las cláusulas de igualdad material, la ponderación puede orientarse en diferente dirección que la efectuada en relación al Derecho Comunitario.

C) Finalmente, el tercer grupo de problemas se refiere a la posibilidad, permitida por la legislación danesa, que tiene el empresario de decidir por sí mismo que no puede dar trabajo a una mujer embarazada que no está en situación de incapacidad laboral y, en consecuencia, la obliga a dejar de trabajar, sin pagarle en ese caso la totalidad del salario.

Para el Tribunal, los hombres y mujeres deben disfrutar de las mismas condiciones de trabajo y, por tanto, de despi-

do. Como esta posibilidad afecta sólo a las mujeres, es discriminatoria. Además, profundiza la sentencia en la razón de ser de esta prescripción y, así, indica que protege los intereses del empresario, quien puede exigir a la empleada un potencial tal de trabajo que justifique, cuando no puede cumplirla, que deje de trabajar antes del permiso por maternidad. Dicho cese en la prestación de la relación laboral, responde únicamente al interés del empresario que, además, puede tomar esa decisión sin evaluar previamente las condiciones requeridas por el Derecho Comunitario.

Esas condiciones previas, antes de que la embarazada pueda quedar dispensada de trabajar por el período de tiempo necesario para proteger su salud o seguridad, consisten en la posibilidad de efectuar el empresario una organización provisional de las condiciones y/o del tiempo de trabajo o, incluso, el cambio de puesto de la mujer embarazada. Sólo si no es posible aplicar ninguna de estas posibilidades y continúe siendo preciso asegurar la protección de la mujer durante el embarazo, sería posible dispensarla del trabajo.

Recapitulando la decisión del Tribunal, pueden establecerse tres conclusiones:

a) es contraria a esta legislación comunitaria y discriminatoria, una legislación nacional que para incapacidades laborales producidas por estados patológicos relacionados con el embarazo, antes del comienzo del permiso de maternidad, no reconozca el derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario a las trabajadoras embarazadas a las que se declare esta incapacidad, de acuerdo con las disposiciones legales previstas para efectuar esta declaración.

b) El Tribunal no considera discriminatorio que el derecho de producción interna establezca una disminución de salario o la pérdida del derecho a recibirlo íntegro de su empresario, cuando se trate de ausencias del trabajo de mujeres embarazadas -antes del comienzo del permiso de maternidad- producidas sólo "por causa de trastornos comunes del embarazo" o por prescripciones médicas motivadas en la protección del feto, pero no fundadas en la existencia de una situación patológica propiamente dicha o de riesgos especiales para el feto.

c) Finalmente, sí considera discriminatoria una legislación nacional que prevea la posibilidad de decidir el empresario por sí mismo obligar a dejar de trabajar, sin pagarle la totalidad del salario, a una trabajadora embarazada que no esté en situación de incapacidad laboral. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, DE 2 DE FEBRERO DE 1999. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

TEXTO DE LA SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 9 de febrero de 1999

(...) 1. Mediante resolución de 13 de marzo de 1997, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de mayo siguiente, la House of Lords planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, cinco cuestiones sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE, así como de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la High Court of Justice por las Sras. Seymour-Smith y Pérez, relativo al Unfair Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 1985 (Decreto de modificación de la duración del período de empleo requerida para obtener la protección contra el despido improcedente; SI 1985 n. 782; en lo sucesivo, «Decreto de 1985»), por el que se modifica el artículo 54 de la Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (Ley de protección del empleo, texto refundido; en lo sucesivo, «Ley de 1978»).

Normativa nacional

3. El artículo 54 de la Ley de 1978 prevé que todo trabajador por cuenta ajena al que se aplique esta disposición tendrá derecho a no ser despedido de forma improcedente por su empresario. El artículo 94 de la Employment Rights Act 1996 (Ley de derechos laborales; en lo sucesivo, «Ley de 1996») contiene una disposición análoga, que no estaba en vigor cuando acaecieron los hechos que originaron el litigio principal.

4. Antes de la entrada en vigor del Decreto de 1985, los trabajadores por cuenta ajena estaban protegidos contra el despido improcedente con arreglo al artículo 54 de la Ley de 1978, si en la fecha del cese efectivo de la relación laboral habían trabajado de forma continuada durante al menos un año para un empresario que tuviera contratados por lo menos a veinte trabajadores. En virtud del apartado 1 del artículo 64 de la Ley de 1978, en su versión modificada por el Decreto de 1985, el artículo 54 no se aplicaba al despido de un trabajador por cuenta ajena si éste no había estado empleado de forma continuada durante un período mínimo de dos años hasta la fecha efectiva de despido (en lo sucesivo, «norma controverti-

da»). El apartado 1 del artículo 108 de la Ley de 1996 contiene disposiciones análogas a la norma controvertida.

5. De conformidad con el apartado 1 del artículo 68 de la Ley de 1978, cuando un Industrial Tribunal estima una demanda por despido improcedente, informa a la parte demandante de las medidas que se pueden adoptar, a saber, su readmisión o nueva contratación, y las circunstancias en las que se pueden adoptar y le pregunta si desea que el Industrial Tribunal adopte tal medida.

6. En virtud del apartado 2 de esta disposición, si en el marco de una demanda por despido improcedente, el Industrial Tribunal estima dicha demanda, pero no es posible ordenar ninguna medida de readmisión o de nueva contratación, concederá una indemnización por despido improcedente.

7. La indemnización por despido improcedente se compone de dos elementos: una indemnización de base y una indemnización compensatoria. La indemnización de base corresponde a la retribución de la que se ha privado al trabajador a causa del despido. Con arreglo al apartado 1 del artículo 74 de la Ley de 1978, la indemnización compensatoria corresponde a la cuantía que el Industrial Tribunal considera justa y equitativa habida cuenta de todas las circunstancias, tomando en consideración el perjuicio sufrido por el trabajador a causa del despido en la medida en que dicho perjuicio sea imputable al empresario. El apartado 2 de este artículo prevé que se consideren parte del perjuicio todos los gastos en que haya incurrido razonablemente el trabajador a raíz del despido, así como la pérdida de toda ventaja que podría esperar razonablemente de no haber sido despedido.

Normativa comunitaria

8. El párrafo primero del artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52), establece que el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.

9. Con arreglo a su artículo 1, la Directiva 76/207 contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se

refiere, en particular, al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo.

10. A tenor del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.

El litigio principal

11. La Sra. Seymour-Smith comenzó a trabajar para Christo & Co. como secretaria el 1 de febrero de 1990 y fue despedida el 1 de mayo de 1991. El 26 de julio de 1991, presentó una demanda ante el Industrial Tribunal alegando que sus empresarios la habían despedido de forma improcedente.

12. La Sra. Pérez comenzó a trabajar para Matthew Stone Restoration Ltd el 19 de febrero de 1990 y fue despedida el 25 de mayo de 1991. El 19 de junio de 1991 presentó una demanda por despido improcedente ante el Industrial Tribunal contra sus antiguos empresarios. El 20 de junio de 1991, la oficina central de los Industrial Tribunals la informó de que su demanda no sería registrada por no haber estado empleada durante más de dos años. No obstante, el 12 de agosto de 1991, volvió a presentar una demanda por despido improcedente ante el Industrial Tribunal.

13. De los autos del procedimiento principal se desprende que el Industrial Tribunal, fundándose en que las demandantes no reunían el requisito de dos años de empleo requerido por la norma controvertida, declaró la inadmisibilidad de ambas demandas, que tenían por objeto que se declarase la improcedencia de los despidos y se concediese una compensación.

14. En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, las demandantes en el litigio principal precisaron que el Industrial Tribunal había suspendido los procedimientos relativos a sus demandas con el fin de permitirles interponer, de forma paralela, un recurso contencioso-administrativo para impugnar la legalidad de la norma controvertida.

15. El 15 de agosto de 1991, solicitaron a la High Court of Justice autorización para interponer un recurso contencioso-administrativo contra la norma controvertida, alegando que era contraria a la Directiva 76/207. El 12 de septiembre de 1991 se autorizó la interposición de dicho recurso.

16. El 20 de mayo de 1994, la High Court desestimó el recurso contencioso-administrativo por estimar que, a pesar de que la norma controvertida afectaba a las mujeres más que a los hombres, las estadísticas no probaban que dicha incidencia fuera desproporcionada. No obstante, la High Court señaló que, de haber concurrido dicha

circunstancia, no habría encontrado ninguna razón objetiva que justificara tal discriminación.

17. Las demandantes en el procedimiento principal interpusieron recurso de apelación contra esta resolución ante la Court of Appeal, que las autorizó a invocar el artículo 119 del Tratado, así como la Directiva 76/207.

18. El 31 de julio de 1995, la Court of Appeal consideró que la norma controvertida tenía, en el momento del despido de las demandantes, un efecto indirectamente discriminatorio y que no estaba justificada objetivamente. No obstante, estimando que el principio del acto claro no amparaba que la indemnización por despido improcedente fuera calificada de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado, la Court of Appeal se limitó a declarar que la exigencia de la Ley de 1978, en su versión modificada, de un período de empleo de dos años era incompatible con la Directiva 76/207 cuando se produjo el despido de las demandantes en el procedimiento principal.

Las cuestiones prejudiciales

19. Tanto el Secretary of State como las demandantes en el procedimiento principal interpusieron recurso de casación ante la House of Lords. Ésta resolvió dejar sin efecto la declaración de la Court of Appeal, suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Una indemnización concedida por la vulneración del derecho a no ser despedido de forma improcedente, con arreglo a una norma nacional como la Employment Protection (Consolidation) Act 1978, ¿constituye una "retribución" a efectos del artículo 119 del Tratado CE?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 o de la Directiva 76/207 los requisitos que determinan si un trabajador tiene derecho a no ser despedido de forma improcedente?

3) ¿Cuál es el criterio jurídico para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de forma diferente a hombres y mujeres hasta el punto de equivaler a una discriminación indirecta en el sentido del artículo 119 del Tratado CE, a menos que se demuestre que se basa en factores objetivamente justificados distintos del sexo?

4) ¿En cuál de los siguientes momentos, o en qué otro momento, debe aplicarse dicho criterio jurídico a una medida adoptada por un Estado miembro:

- a) en la fecha de adopción de la medida;
- b) en la fecha de entrada en vigor de la medida;
- c) en la fecha del despido del trabajador?

5) ¿Cuáles son los requisitos jurídicos para determinar, a efectos de una discriminación indirecta en el sentido del artículo 119, la existencia de una justificación objetiva de una medida adoptada por un Estado miembro en el marco de su política social? En particular, ¿qué elementos debe

aportar el Estado miembro en apoyo de las causas de justificación que alega?»

Sobre la primera cuestión

20. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional solicita que se determine si la indemnización concedida en virtud de una decisión judicial por la vulneración del derecho a no ser despedido de forma impropia constituye una retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado.

21. Tanto las demandantes en el procedimiento principal como la Comisión sostienen que la indemnización concedida por despido impropio constituye una retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado. Según la Comisión, se trata de una compensación por el lucro cesante correspondiente al salario y a otras gratificaciones asociadas al empleo.

22. El Gobierno del Reino Unido, por el contrario, alega que el litigio principal se refiere a una supuesta desigualdad en las condiciones de trabajo en el sentido de la Directiva 76/207, a saber, el derecho a no ser despedido de forma impropia. La indemnización que puede conceder un Tribunal Industrial no constituye la retribución del trabajo realizado por el trabajador por cuenta ajena, sino una compensación por no haberse respetado una de sus condiciones de trabajo. Por consiguiente, en el caso de autos falta la característica principal de la retribución, que es la contrapartida por el trabajo prestado.

23. En primer lugar, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de retribución, en el sentido del párrafo segundo del artículo 119 del Tratado, comprende todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo (véanse, en particular, las sentencias de 9 de febrero de 1982, Garland, 12/81, Rec. p. 359, apartado 5, y de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88, Rec. p. I-1889, apartado 12).

24. También es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el hecho de que determinadas prestaciones sean pagadas una vez extinguida la relación de trabajo no excluye que puedan tener carácter de retribución, en el sentido del artículo 119 del Tratado (véase la sentencia Barber, antes citada, apartado 12).

25. Por lo que se refiere, en particular, a las indemnizaciones concedidas por el empresario al trabajador con ocasión de su despido, el Tribunal de Justicia ya declaró que éstas constituyen una forma de retribución diferida, a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, pero que le es pagada en el momento de cesar su relación de trabajo, con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de su empleo (véanse las sentencias Barber, antes citada, aparta-

do 13, y de 27 de junio de 1990, Kowalska, C-33/89, Rec. p. I-2591, apartado 10).

26. En el presente caso, es preciso señalar que la indemnización concedida al trabajador por despido impropio, que se compone de una indemnización de base y de una indemnización compensatoria, tiene por objeto, en particular, conceder al trabajador lo que debería haber percibido si el empresario no hubiera puesto fin ilegalmente a la relación laboral.

27. Por una parte, la indemnización de base se remite directamente a la retribución que se habría adeudado al trabajador por cuenta ajena de no haber sido despedido.

Por otra parte, la indemnización compensatoria cubre el perjuicio sufrido por el trabajador a causa del despido e incluye todos los gastos en que éste haya incurrido razonablemente a raíz del despido y, cumpliéndose determinados requisitos, la pérdida de toda ventaja que habría podido esperar razonablemente si no hubiera sido despedido.

28. De ello se deduce que la indemnización por despido impropio se paga al trabajador por razón del puesto de trabajo que ha ocupado y que seguiría ocupando si no se hubiera producido el despido impropio. Por tanto, esta indemnización está comprendida en el concepto de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado.

29. No cabe oponer a esta apreciación el hecho de que la indemnización controvertida en el litigio principal se conceda en virtud de una decisión judicial y con arreglo a las disposiciones legislativas aplicables. En efecto, como ya ha precisado a este respecto el Tribunal de Justicia, es irrelevante que el derecho a indemnización esté previsto por una fuente distinta del contrato de trabajo y, en particular, por la Ley (en este sentido, véase la sentencia Barber, antes citada, apartado 16).

30. A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que la indemnización concedida en virtud de una decisión judicial por la vulneración del derecho a no ser despedido de forma impropia constituye una retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado.

Sobre la segunda cuestión

31. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pide, en esencia, que se dilucide si los requisitos que determinan si un trabajador, en el supuesto de despido impropio, tiene derecho bien a ser readmitido o a ser contratado nuevamente, bien a que se le conceda una indemnización, están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado o de la Directiva 76/207.

32. Dado que el litigio principal se refiere a una retribución comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado, las demandantes alegan que la Directiva

76/207, relativa a la igualdad de trato, es inaplicable. Afirman que a un trabajador por cuenta ajena, que tiene derecho a recibir una indemnización por despido improcedente en el marco del derecho a la igualdad de retribución del artículo 119, la Ley no le puede impedir que invoque esta misma disposición para asegurarse frente a su empresario de que no se apliquen condiciones discriminatorias que, de otro modo, dejarían sin contenido el principio de igualdad de retribución.

33. El Gobierno del Reino Unido sostiene que, aun cuando se deba considerar que la indemnización concedida por la vulneración del derecho a no ser despedido de forma improcedente constituye una retribución en el sentido del artículo 119, toda supuesta violación del principio de igualdad de trato en las condiciones que

determinan el disfrute del derecho, incluida una reparación pecuniaria, también debe estar regulada por la Directiva 76/207 y no por el artículo 119.

34. En apoyo de esta tesis, invoca la sentencia de 15 de junio de 1978, Defrenne III (149/77, Rec. p. 1365), en la que el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 21, que el hecho de que la determinación de ciertas condiciones de empleo pueda tener consecuencias pecuniarias no es razón suficiente para incluir tales condiciones en el ámbito de aplicación del artículo 119, basado en la estrecha relación existente entre la naturaleza de la prestación laboral y la cuantía de la retribución.

35. A este respecto, debe señalarse, como hace acertadamente la Comisión, que dado que con la demanda se persigue obtener una indemnización, el requisito previsto por la norma controvertida se refiere al acceso a una forma de retribución, al que se aplican el artículo 119 y la Directiva 75/117.

36. En el caso de autos, las demandas presentadas por las demandantes en el litigio principal ante el Industrial Tribunal no se refieren a las posibles consecuencias de una condición de trabajo, a saber, el derecho a no ser despedidas de forma improcedente, sino a la propia indemnización. Por consiguiente, a esta materia le es aplicable el artículo 119 del Tratado y no la Directiva 76/207.

37. Otra sería la respuesta si la demanda persiguiera obtener la readmisión o la nueva contratación del trabajador despedido. En tal supuesto, los requisitos previstos por el Derecho nacional se referirían a las condiciones de trabajo o al acceso al empleo y, por tanto, les sería aplicable la Directiva 76/207.

38. En este último caso, por tratarse de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Secretary of State y que tiene por objeto la modificación del apartado 1 del artículo 64 de la Ley de 1978 resultante del Decreto de 1985, las demandantes en el litigio principal tendrían derecho a oponerse a una discriminación por razón de

sexo, invocando no el artículo 119 del Tratado, sino la Directiva 76/207.

39. En efecto, según jurisprudencia reiterada, siempre que las disposiciones de una Directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares pueden invocarlas frente al Estado ante el Juez nacional (véase, en particular, la sentencia de 12 de julio de 1990, Foster y otros, C-188/89, Rec. p. I-3313, apartado 16).

40. En lo que atañe al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, relativo a la prohibición de toda discriminación por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, el Tribunal de Justicia ya ha señalado que es lo suficientemente preciso para ser invocado por un justiciable contra el Estado y aplicado por un Juez nacional para impedir la aplicación de cualquier disposición que no se conforme a dicho apartado 1 del

artículo 5 (véase la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall I, 152/84, Rec. p. 723, apartados 52 y 56).

41. Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que los requisitos que determinan si un trabajador, en el caso de despido improcedente, tiene derecho a obtener una indemnización están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado. Por el contrario, los requisitos que determinan si un trabajador, en el caso de despido improcedente, tiene derecho a ser readmitido o a ser contratado nuevamente están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207.

Sobre la cuarta cuestión

42. Mediante su cuarta cuestión, a la que procede responder seguidamente, el órgano jurisdiccional nacional solicita, en sustancia, que se dilucide si la legalidad de una norma como la controvertida debe apreciarse respecto de la fecha de su adopción, de la fecha de su entrada en vigor o de la fecha del despido del trabajador por cuenta ajena.

43. Las demandantes en el procedimiento principal sostienen que, cuando una medida que debe adoptar y/o aplicar un Estado miembro conlleva el riesgo, por su propia naturaleza, de producir un efecto diferente en la retribución de hombres y mujeres, dicho Estado miembro infringirá el Tratado CE si mantiene dicha medida, a no ser que se pueda demostrar que su aplicación se basa en factores objetivamente justificados, distintos del sexo. Además, el Tratado exige a los Estados miembros que controlen periódicamente toda medida que afecte a la retribución de los trabajadores por cuenta ajena y que impidan la aplicación de una medida si observan el incumplimiento de alguna de las obligaciones que el Tratado impone a este respecto.

44. El Gobierno del Reino Unido estima, por el contrario, que el momento respecto del cual deben apreciarse los efectos de una medida ha de situarse en la fecha de despido de la trabajadora por cuenta ajena. Es entonces cuando la norma controvertida produce el efecto que denuncia la trabajadora, consistente en que se le impide presentar una demanda por despido improcedente. El carácter discriminatorio o no discriminatorio de una medida no se puede establecer respecto de su fecha de adopción o de entrada en vigor, sino que depende de las circunstancias que concurran en la fecha en que se impugnen los efectos de dicha medida.

45. En primer lugar, es necesario subrayar que las exigencias del Derecho comunitario deben respetarse en todo momento, ya sea el de la adopción de una medida, el de su ejecución o el de su aplicación a cada caso concreto.

46. No obstante, hay que reconocer que la fecha respecto de la cual el Juez nacional debe apreciar la legalidad de una norma como la controvertida puede depender de circunstancias diferentes, tanto jurídicas como fácticas.

47. Así, cuando se invoca la supuesta incompetencia de la autoridad nacional que ha adoptado un acto, la legalidad de dicho acto debe ser apreciada, en principio, respecto de la fecha de su adopción.

48. Por el contrario, si se trata de la aplicación a una situación concreta de un acto nacional que fue adoptado legalmente, puede ser pertinente apreciar si dicho acto sigue conformándose al Derecho comunitario en el momento de su aplicación.

49. Por lo que se refiere, en particular, a las estadísticas, puede ser oportuno considerar no sólo las estadísticas disponibles en la fecha de adopción del acto, sino también aquellas posteriores que puedan aportar indicios sobre la repercusión de dicho acto sobre los trabajadores masculinos y los trabajadores femeninos respectivamente.

50. En consecuencia, procede responder a la cuarta cuestión que corresponde al Juez nacional, tras tomar en consideración todas las circunstancias jurídicas y fácticas pertinentes, determinar la fecha respecto de la cual debe apreciarse la legalidad de una norma como la controvertida.

Sobre la tercera cuestión

51. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pide que se defina el criterio jurídico para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación indirecta en el sentido del artículo 119 del Tratado.

52. A este respecto, debe recordarse que el artículo 119 del Tratado enuncia el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Este principio no sólo se opone a la

aplicación de disposiciones que establezcan directamente discriminaciones por razón de sexo, sino también a la aplicación de disposiciones que mantengan diferencias de trato entre trabajadores de uno y otro sexo en virtud de criterios no fundados en el sexo, cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (véase la sentencia de 15 de diciembre de 1994, Helmig y otros, asuntos acumulados C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, Rec. p. I-5727, apartado 20).

53. Por lo que respecta a la norma controvertida, ha quedado acreditado que no establece discriminaciones basadas directamente en el sexo. Por tanto, debe comprobarse si puede constituir una discriminación indirecta contraria al artículo 119 del Tratado.

54. Las demandantes en el procedimiento principal sostienen que, cuando una medida adoptada por un Estado miembro conlleva el riesgo, por su propia naturaleza, de afectar de modo diferente a la retribución de hombres y mujeres y/o este efecto diferente queda demostrado en la práctica con estadísticas fiables y significativas, existe una infracción del artículo 119 del Tratado, a menos que pueda demostrarse que dicha medida se basa en factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

55. En particular, alegan que, ante estadísticas significativas que cubren la totalidad de la mano de obra y que demuestran la existencia de fenómenos a largo plazo que no pueden ser calificados de fortuitos, toda diferencia en sus efectos superior a una diferencia mínima supone incumplir la obligación de aplicar el principio de igualdad de trato.

56. Según el Gobierno del Reino Unido, de los términos utilizados por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia sobre discriminación indirecta se desprende con claridad que este Tribunal pretende poner de relieve una diferencia importante en la repercusión de la medida.

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.

58. Para determinar si existe una discriminación indirecta, debe comprobarse, en primer lugar, si una medida como la norma controvertida produce efectos más desfavorables para los trabajadores femeninos que para los trabajadores masculinos.

59. A continuación, es preciso señalar, como hace acertadamente el Gobierno del Reino Unido, que el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito de dos años de empleo exigido por la norma controvertida entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina. 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 de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro.

60. Por tanto, debe determinarse, como ha señalado el Tribunal de Justicia en varias ocasiones, si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúne el requisito de dos años de empleo exigido por la norma

controvertida. De tal situación resultaría una apariencia de discriminación basada en el sexo, a menos que la norma controvertida estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

61. Lo mismo ocurriría si los datos estadísticos mostraran una diferencia menos importante, pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo entre los trabajadores masculinos y los trabajadores femeninos que reúnan el requisito de dos años de empleo. No obstante, incumbiría al Juez nacional apreciar a qué conclusiones se debe llegar a partir de dichos datos estadísticos.

62. También debe recordarse que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si los datos estadísticos que representan la situación de la mano de obra son válidos y si se pueden tomar en consideración, es decir, si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos (véase la sentencia de 27 de octubre de 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535, apartado 17). Le corresponde, en particular, comprobar si, habida cuenta de la respuesta dada a la cuarta cuestión, las estadísticas de 1985 relativas a las proporciones de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos que reúnen el requisito de dos años de empleo exigido por la norma controvertida son pertinentes y suficientes para resolver el litigio que se le ha sometido.

63. En el presente caso, de la resolución de remisión se desprende que en 1985, año en que se instauró el requisito de dos años de empleo, el 77,4 % de los trabajadores masculinos y el 68,9 % de los trabajadores femeninos reunían dicho requisito.

64. A primer vista, tales estadísticas no parecen mostrar que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúna el requisito impuesto por la norma controvertida.

65. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión que, para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación indirecta en el sentido del artículo 119 del Tratado, el Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúnen el requisito impuesto por dicha medida. Si concurre esta circunstancia, existe discriminación indirecta basada en el sexo, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

Sobre la quinta cuestión

66. Mediante su quinta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional solicita que se definan los criterios jurídicos que permitan determinar, a efectos de una discriminación indirecta en el sentido del artículo 119 del Tratado, la existencia de una justificación objetiva para una medida adoptada por un Estado miembro en el marco de su política social.

67. A este respecto, debe recordarse, en primer lugar, que en último término corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si y en qué medida se justifica por razones objetivas, ajenas a toda discriminación basada en el sexo, una disposición legal cuyo ámbito de aplicación, aun siendo independiente del sexo del trabajador, afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres (véase la sentencia de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn, 171/88, Rec. p. 2743, apartado 15).

68. No obstante, aun cuando, en el marco de una remisión prejudicial, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar la existencia de dichos factores objetivos en el caso concreto del que conoce, el Tribunal de Justicia, llamado a facilitar respuestas útiles al Juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones escritas y alegaciones que le hayan sido presentadas, que puedan permitir al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución (véase la sentencia de 7 de marzo de 1996, Freers y Speckmann, C-278/93, Rec. p. I-1165, apartado 24).

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. p. I-4741, apartado 24, y Freers y Speckmann, antes citada, apartado 28).

70. En el caso de autos, el Gobierno del Reino Unido alega que el riesgo de que los empresarios se vean involucrados en procedimientos por despido improcedente entablados por trabajadores de reciente incorporación constituye un elemento que puede disuadir la contratación, de forma que la ampliación del período de empleo requerido para tener derecho a la protección contra el despido favorece la contratación de trabajadores.

71. No puede discutirse que la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de política social.

72. Asimismo, a la vista de todos los elementos pertinentes y teniendo en cuenta la posibilidad de alcanzar por otros medios el objetivo de política social de que se trate, debe comprobarse si éste es ajeno a toda discriminación por razón de sexo

y si la norma controvertida, como medio destinado a lograr este objetivo, puede contribuir a su consecución.

73. A este respecto, el Gobierno del Reino Unido sostiene que a un Estado miembro le basta con demostrar que podía estimar razonablemente que la medida contribuiría a la consecución de un objetivo de su política social. En este sentido, invoca la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Nolte (C-317/93, Rec. p. I-4625).

74. En efecto, en el apartado 33 de la sentencia Nolte, antes citada, el Tribunal de Justicia señaló que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para elegir las medidas necesarias para alcanzar los objetivos de su política social y de empleo.

75. No obstante, si bien en el estado actual del Derecho comunitario, la política social es esencialmente competencia de los Estados miembros, no es menos cierto que el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en esta materia no puede abocar a que se desustancie la aplicación de un principio fundamental del Derecho comunitario, como es el de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

76. Meras generalizaciones relativas a la idoneidad de una medida determinada para promover la contratación no bastan para deducir que el objetivo de la norma controvertida es ajeno a cualquier discriminación por razón del sexo ni para aportar elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho objetivo.

77. Por consiguiente, procede responder a la quinta cuestión que, en el supuesto de que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúna el requisito de dos años de empleo impuesto por la norma controvertida, corresponde al Estado miembro, en su calidad de autor de la norma presuntamente discriminatoria, demostrar que dicha norma responde a un objetivo legítimo de su política social, que dicho objetivo es ajeno a toda discriminación por razón de sexo y que podía estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho objetivo.

Costas

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

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la House of Lords mediante resolución de 13 de marzo de 1997, declara:

1) La indemnización concedida en virtud de una decisión judicial por la vulneración del derecho a no ser despedido de forma improcedente constituye una retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado CE.

2) Los requisitos que determinan si un trabajador, en el caso de despido improcedente, tiene derecho a obtener una indemnización están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado. Por el contrario, los requisitos que determinan si un trabajador, en el caso de despido improcedente, tiene derecho a ser readmitido o a ser contratado nuevamente están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

3) Corresponde al Juez nacional, tras tomar en consideración todas las circunstancias jurídicas y fácticas pertinentes, determinar la fecha respecto de la cual debe apreciarse la legalidad de una norma por la que la protección contra los despidos improcedentes sólo se aplica a los trabajadores por cuenta ajena que hayan estado empleados durante un período mínimo de dos años.

4) Para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación

JURISPRUDENCIA · TJCE ·

indirecta en el sentido del artículo 119 del Tratado, el Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúne el requisito impuesto por dicha medida. Si concurre esta circunstancia, existe discriminación indirecta basada en el sexo, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

5) En el supuesto de que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúna el requisito de dos años de empleo impuesto por la norma descrita en el punto 3 de este fallo, corresponde al Estado miembro, en su calidad de autor de la norma presuntamente discriminatoria, demostrar que dicha norma responde a un objetivo legítimo de su política social, que dicho objetivo es ajeno a toda discriminación por razón de sexo y que podía estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho objetivo.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJCE, DE 2 DE FEBRERO DE 1999.

Esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea trae causa de la cuestión prejudicial planteada por la House of Lords (Reino Unido) sobre la adecuación de la normativa inglesa relativa a la exigencia de un período mínimo de empleo para tener derecho a la protección contra el despido improcedente al principio de Derecho comunitario de igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos, recogido en el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea, en cuanto igualdad de retribución para un mismo trabajo, así como en 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.

Los hechos son los siguientes: La Sra. Seymour-Smith comenzó a trabajar como secretaria para Christo & Co. el 1 de febrero de 1990, siendo despedida el 1 de mayo de 1991. La Sra. Pérez comenzó a trabajar para Matthew Stone Restoration Ltd el 19 de febrero de 1990 y fue despedida el 25 de mayo de 1991. Ambas recurren el despido ante el Industrial Tribunal, por considerarlo improcedente. Este Tribunal, sin embargo, declara la inadmisibilidad de ambas demandas en aplicación del

art. 54 de la Ley de 1978 sobre protección del empleo. Este artículo, tras la reforma operada por el Decreto de 1985, condicionaba la protección del trabajador frente al despido improcedente a un requisito de carácter temporal: era necesario que el trabajador hubiera estado contratado por el empresario de forma continuada durante un período mínimo de dos años hasta la fecha efectiva del despido¹. Si concurría este requisito y el Tribunal estimaba la demanda por despido improcedente, el trabajador tenía derecho a su readmisión o nueva contratación, o, en su caso, a una indemnización. La no concurrencia de este requisito implicaba de modo automático la inadmisión de la demanda. Esto es lo que ocurre en el litigio principal que da lugar a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El Tribunal inglés (Industrial Tribunal) inadmite la demanda, que tiene por objeto que el juez declare improcedentes los despidos otorgando una indemnización a las trabajadoras despedidas, puesto que el período del contrato había sido en ambos casos inferior a los dos años. Ante esta resolución, las demandantes interpusieron ante la High Court un recurso contencioso-administrativo contra el artículo 54 de la Ley de 1978, por entender que era contrario a la Directiva 76/207 (en un momento procesal posterior amplían esta contradicción al artículo 119 TCE). Alegan las recurrentes que la medida era discriminatoria para las mujeres en la medida en que el número de mujeres que reunía el requisito de dos años de empleo era inferior al de los trabajadores masculinos que lo cumplían. La medida, por tanto, tenía una incidencia desfavorable mayor entre las mujeres que entre los hombres, constituyendo, en definitiva, una discriminación indirecta. El recurso es rechazado, ante lo cual recurren en apelación ante la Court of Appeal que les da la razón al entender que efectivamente la norma recurrida era contraria al derecho comunitario. No les otorga, sin embargo, indemnización alguna. Frente a esta resolución tanto las demandantes como el Secretario de Estado para el Empleo, presentan un recurso de casación ante la House of Lords que, a su vez, eleva al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un total de cinco cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea y de la Directiva 76/207.

El TJCE contribuye, en esta Sentencia, a perfilar el contenido de un principio fundamental del Derecho comunitario: el de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos. Nos proponemos analizar los aspectos más relevantes de la decisión del Tribunal de Justicia de las

¹. Con anterioridad a esta reforma del año 1985 la legislación sobre protección del empleo (de 1978) también exigía este requisito de carácter temporal, pero con una duración inferior: bastaba con que la relación contractual entre el empresario y el trabajador despedido hubiese sido de un año.

Comunidades Europeas, distinguiendo, en la medida de lo posible, entre los razonamientos que realiza el Tribunal y la aplicación de los mismos al caso concreto.

Para determinar si nos encontramos ante un supuesto de discriminación por razón de sexo, es necesario determinar, en primer lugar, si la normativa inglesa entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 TCE que establece el principio de igualdad de retribución entre trabajadores de ambos sexos, puesto que no se trata de una retribución salarial propiamente dicha, sino de una indemnización tras la resolución de un contrato de trabajo mediante un despido improcedente. El Tribunal de Justicia interpreta el concepto de retribución de un modo extensivo para comprender dentro del mismo la indemnización por despido improcedente. De este modo el Tribunal, con su interpretación, amplía el ámbito de aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Una vez determinado lo anterior, la norma de Derecho comunitario aplicable al caso concreto (art. 119 TCE ó Directiva 76/207) dependerá de cuál sea la cuestión que se plantee. Así, si lo que se discute, como ocurre en este supuesto, son los requisitos que determinan si un trabajador, en caso de despido improcedente, tiene derecho a obtener una indemnización la norma aplicable es el artículo 119. Por el contrario, los requisitos que determinan si un trabajador, en caso de despido improcedente, tiene derecho a ser readmitido o a ser contratado nuevamente están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207.

El Tribunal de Justicia abunda, además, en el concepto de discriminación indirecta, estableciendo el criterio jurídico para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta el punto de equivaler a una discriminación indirecta en el sentido del artículo 119 del TCE.

En este sentido es conveniente recordar que, a diferencia de lo que ocurre con la discriminación directa, cada vez menos frecuente, que se basa directamente en el sexo, en la discriminación indirecta nos encontramos ante una medida que introduce una diferenciación en base a un criterio formalmente neutro, (o, como en el presente caso, exige el cumplimiento de un requisito formalmente neutro), pero, que sin embargo, afecta de modo desfavorable a un número mayor de mujeres que de hombres. La discriminación indirecta es la más frecuente, y también, por ser la más sutil, la más difícil de acreditar.

La normativa examinada, obviamente, no discrimina directamente a las mujeres. No obstante, es susceptible de

ser calificada como una medida de discriminación indirecta en la medida en que afecte, de modo desfavorable, a un número considerablemente mayor de mujeres, o lo que, es lo mismo, en la medida en que el número de mujeres que cumplan con el requisito mínimo de los dos años de empleo sea considerablemente menor al de los hombres.

En este sentido el Tribunal establece que para determinar si nos encontramos ante una discriminación indirecta el Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúne el requisito impuesto por dicha medida. Si concurre esta circunstancia, señala el Tribunal, nos encontramos ante una discriminación indirecta basada en el sexo, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

Dos son las cuestiones que plantea lo anterior:- En primer lugar, para que exista discriminación no basta con el número de mujeres que reúnen el requisito sea simplemente menor, sino que el Tribunal introduce un requisito cuantitativo, susceptible de apreciación subjetiva por el Tribunal: ha de ser considerablemente menor. Por esta razón, el Tribunal entiende que la normativa inglesa no es, en principio, discriminatoria, puesto que si bien es cierto que el número de mujeres que reúnen el requisito de los dos años de empleo previo al despido es menor que el de hombres, de las estadísticas no se desprende que esta diferencia sea considerable (apartado 64).

- En segundo lugar, aún cuando una norma interna de un Estado afecte, de modo desfavorable, a un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres, ello no determina necesariamente que esta norma sea contraria al artículo 119 TCE, es decir, que sea discriminatoria. No lo será en aquellos casos en que la medida que introduce esta norma, aparentemente discriminatoria, disponga de una justificación objetiva ajena a toda discriminación por razón de sexo.

En este supuesto, la carga de la prueba relativa a la concurrencia de dicha causa justificativa recae sobre el Estado autor de la norma presuntamente discriminatoria.

Corresponde a éste demostrar que dicha norma responde a un objetivo legítimo de su política social, que dicho objetivo es ajeno a toda discriminación por razón de sexo y que podía estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho objetivo². (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

². Sin que basten meras generalizaciones relativas a la idoneidad de la norma en relación con la política social del Estado en cuestión para destruir la presunción de discriminación, puesto que está en juego un «principio fundamental» del Derecho comunitario (apartados 75 y 76).

JURISPRUDENCIA • TC •

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 41/1999, DE 22 DE MARZO. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ACCESO AL EMPLEO.

TEXTO DE LA SENTENCIA

*STC 41/1999, de 22 de marzo. Sala 1ª.
Ponente: D. Pablo García Manzano.*

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 756/1696, promovido por la Confederación General del Trabajo (en adelante, C.G.T.), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Hurtado Pérez y asistida del Letrado don Félix Herrero Alarcón, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 1995, que confirmó en casación la pronunciada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, recaídas en el proceso laboral sobre tutela de derechos fundamentales. Han comparecido el Ministerio Fiscal y «Fabricación de Automóviles Renault de España, S.A.» («FASA-Renault»), representada por el Procurador don Román Velasco Fernández y asistida del Letrado don Luciano M. Martín. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo García Manzano, quien expresa el parecer de la Sala. (...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo imputa a la Sentencia dictada, el 15 de noviembre de 1994, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, y a la que, en casación pronunció el 4 de octubre de 1995, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que no hubieran corregido, en el proceso laboral de protección de derechos fundamentales promovido por el Sindicato demandante, la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, atribuida a la empresa «Fabricación de Automóviles Renault de España, S.A.» (en adelante denominada como «FASA-Renault»), si bien a esta queja antepone la que califica en la demanda de «vul-

neración específica del derecho de tutela judicial efectiva». Hemos de señalar, en consecuencia, que si bien la demanda aduce la violación del art. 14 C.E., en razón de la alegada conducta empresarial discriminatoria, la queja que sustenta el amparo ha de reconducirse, dado el planteamiento del Sindicato demandante, al examen de si las resoluciones judiciales citadas han vulnerado el art. 24.1 C.E., por cuanto sus pronunciamientos desestimatorios se habrían producido sin una suficiente base probatoria, y sin exigir a la empresa demandada un efectivo cumplimiento de la regla de inversión de la carga de la prueba contenida en el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, L.P.L.), en el aplicable texto articulado aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril.

2. La referida empresa, comparecida como recurrida, ha objetado a la viabilidad procesal de este amparo, postulando su inadmisión, el incumplimiento por el Sindicato demandante del requisito o presupuesto procesal de la inexcusable invocación formal, en el proceso judicial antecedente, de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados, exigido por el art. 44.1 c) de la LOTC.

Esta objeción procesal ha de ser, sin embargo, rechazada. Es cierto que el escrito de formalización del recurso de casación no contiene una expresa invocación del mencionado derecho fundamental. Ahora bien, no es menos cierto que de su lectura se desprende sin dificultad que se reprochaba a la Sentencia recurrida, mediante la cita expresa de los motivos casacionales comprendidos en el art. 204, apartados c) y e) de la L.P.L., la infracción de las normas reguladoras de la Sentencia, derivada tanto de la alegada insuficiencia del relato de hechos probados, como de la ausencia de diligencias para mejor proveer tendentes a remediarla, aduciendo también la inobservancia de la regla sobre la carga de la prueba, específica de la modalidad procesal laboral seguida (protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales). En consecuencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo conoció oportunamente de la queja formulada por el Sindicato ahora demandante, quedando aquélla suficientemente individualizada y proporcionando al órgano jurisdiccional ocasión para pronunciarse acerca de la misma. Se cumplió así el presupuesto procesal de la previa invocación de la lesión ex art. 44.1 c) LOTC, conforme al criterio antiformalista acogido por este Tribunal (por todas, STC 107/1995).

3. La queja concerniente a la vulneración, por las resoluciones judiciales recaídas en el proceso laboral, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión ex art. 24.1 C.E., descansa en la siguiente esencial alegación:

ejercitada la acción por el Sindicato C.G.T., a través del cauce procesal de la modalidad de protección de derechos fundamentales en el ámbito laboral, la Sala de lo Social de Valladolid no habría llevado a cumplido efecto la regla del citado art. 96 L.P.L. acerca del onus probandi, ni practicado diligencia complementaria alguna para incorporar al acervo fáctico determinados datos que, de haber accedido al proceso, hubieran permitido al Sindicato demandante acreditar la existencia de indicios suficientes acerca de la alegada conducta empresarial discriminatoria. Esta aducida inactividad del órgano judicial, en un proceso dirigido a otorgar la tutela antidiscriminatoria, no fue depurada o corregida en sede casacional, dado que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, objeto también del presente amparo, entendió que el referido Sindicato no acreditó suficientemente «a través de las actuaciones del presente proceso, la existencia de indicio alguno referente a la discriminación por razón de sexo alegada», en los literales términos de esta última Sentencia.

4. Una adecuada solución a la cuestión controvertida exige, como premisa de partida, determinar el alcance y finalidad de la regla procesal contenida en el art. 96 de la L.P.L., que responde, en último término, a reequilibrar, en esta modalidad de proceso tutelador de derechos fundamentales, la posición de inicial desigualdad de la parte demandante, remediando las dificultades probatorias para llevar a la convicción del órgano jurisdiccional la existencia de la conducta discriminatoria cuya eliminación se pretende.

De manera específica, por lo que atañe a la prohibición de discriminación por razón de sexo, hemos establecido que tal prohibición constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo (STC 173/1994, fundamento jurídico 3.), lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predecible por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso. Procede, pues, considerar que tal regla procesal, en el contexto de una conducta discriminatoria en el acceso al empleo, se encamina derechamente a hacer transparentes, a fin de que sean ponderados por el órgano judicial en su función tuteladora del derecho fundamental, los criterios que para la selección de los trabajadores ha utilizado el empleador (Sentencia del T.J.C.E. de 30 de junio de 1988, asunto Comisión contra República Francesa), dada la singular dificultad probatoria que reviste en tales casos la constatación de la conducta empresarial discriminatoria, máxime en la modalidad calificada como indirecta o de resultado adverso.

Ahora bien, esta exigencia al empleador de acreditar que los criterios seguidos son ajenos a todo móvil de trato discriminatorio, por descansar en razones objetivas, sólo es procedente en aquellos casos en que la parte demandante aporte al proceso un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia.

Pues bien, en el asunto que nos ocupa, el Sindicato demandante adujo una conducta negativa de la empresa «FASA-Renault» en orden a la contratación de mujeres en sus factorías de Palencia y Valladolid, y ello a pesar del compromiso alcanzado entre la citada empresa y el Comité Intercentros. Se alegaba, pues, una discriminación indirecta por razón de sexo, referida, como sujeto pasivo, a un colectivo femenino no individualizado pero susceptible de serlo mediante datos objetivos que, de modo indiciario, acreditaran la realidad del comportamiento empresarial lesivo del derecho fundamental objeto de tutela judicial.

5. Así las cosas, el problema que hemos de dilucidar no es tanto el de si los órganos judiciales, y más singularmente la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, observaron o no la regla procesal sobre carga de la prueba del art. 96 de la L.P.L., sino, más exactamente, si sustanciado un proceso en el que se erige en decisiva tal regla, los órganos judiciales velaron o no por su efectivo cumplimiento y adecuada aplicación al caso. De llegarse a esta última conclusión, habremos de entender lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) del Sindicato demandante, en cuanto el resultado procesal constatable es el de no haber exigido el órgano jurisdiccional, con el rigor requerido, que el empleador hiciera transparentes los criterios de selección de los trabajadores realmente utilizados en el periodo temporal controvertido, y en las mencionadas factorías de Valladolid y Palencia, viniendo así, de modo reflejo o indirecto, a dejar imprejuizada la conducta discriminatoria denunciada.

6. Para ofrecer adecuada respuesta a dicha cuestión, se hace imprescindible examinar el iter procesal seguido en el proceso laboral del que trae causa este recurso de amparo y, correlativamente, la influencia o repercusión, sobre el fondo de la pretensión actora, de las anomalías procesales alegadas por el Sindicato demandante para concluir acerca de si de tal consideración se desprende la existencia de una situación de indefensión procesal constitucionalmente relevante.

A tal efecto, hemos de constatar que la prueba solicitada en el proceso laboral por el Sindicato demandante, y acordada como pertinente por la Sala de lo Social de Valladolid, tenía por objeto la acreditación de los hechos constitutivos de los indicios alegados por dicha parte actora, y en tal sentido se instó la aportación al proceso de

JURISPRUDENCIA · TC ·

los siguientes medios probatorios: a) incorporación a los autos de determinados originales de las actas de las reuniones celebradas por el Comité Intercentros, y en las que figuraba el compromiso de la empresa, para el supuesto de crearse un tercer turno en la factoría de Palencia, de proceder a la contratación eventual de mujeres cifrada, en principio, en 25 para la factoría de Palencia y 25 para la de Valladolid; b) Los originales de los contratos eventuales celebrados en ambas factorías desde julio de 1991 hasta el 25 de marzo de 1992, y c) Que se requiriese de las Oficinas de Empleo del INEM en Valladolid y Palencia la presentación de un listado de mujeres demandantes de empleo que cumplieran los requisitos de titulación exigidos (Formación Profesional de primero y segundo grado).

Pues bien, de las tres pruebas admitidas, únicamente la primera fue llevada a cumplido efecto; no así las dos restantes, de indudable importancia en orden a acreditar el panorama indiciario. En efecto, de los dos listados recabados del INEM sólo se incorporaron a los autos los correspondientes a la Oficina de Valladolid, y haciéndose constar por el órgano emisor que éstos eran incompletos. Igualmente, y a pesar de haberse requerido de la empresa demandada que remitiese los originales de los contratos celebrados, aquélla se limitó a aportar a las actuaciones dos certificaciones firmadas por el Jefe del Departamento de Gestión de Recursos Humanos (Selección) de «FASA-Renault», referidas tanto a contrataciones de personal fijo como eventual y relativas a las distintas factorías de la empresa. En lo que ahora importa se hacía expresamente constar que en las fábricas de Valladolid y Palencia se suscribieron en el periodo controvertido un total de 120 contratos eventuales, «conforme a los criterios establecidos por la Dirección de la empresa», resultando ser varones todos los candidatos seleccionados. Como fácilmente se aprecia, ni se aportaron los contratos interesados ni se hicieron explícitos los criterios de contratación establecidos por la empresa.

Sin embargo, la Sala de lo Social de Valladolid no desplegó actividad procesal alguna tendente a completar la prueba interesada. Antes bien, dictó su fallo desestimatorio sin que se hubiesen debidamente incorporado a los autos los elementos de convicción necesarios para tener por acreditados suficientes indicios del trato desigual denunciado.

7. No es cuestionable que la declaración de hechos probados de la Sentencia debe apoyarse directamente en la prueba practicada en el proceso, así como que en el proceso laboral corresponde a las partes la aportación de los diversos elementos probatorios de que intenten valerse. Sin embargo, no cabe desconocer que tal principio procesal de aportación de parte coexiste, en el proceso laboral, con ciertas manifestaciones del principio de investigación,

que permite al órgano jurisdiccional acordar de oficio precisas o determinadas diligencias en orden a un mejor esclarecimiento de la base fáctica del proceso, máxime cuando éste se halla ordenado a la protección de un derecho o libertad fundamental, como es el caso que nos ocupa. Pues bien, en tales casos el principio dispositivo no puede ser aplicado por los Jueces y Tribunales a modo de barrera formal infranqueable que exonere a éstos de cumplir su ineludible función garantizadora de los derechos fundamentales en juego.

En tal sentido, el mandato antidiscriminatorio contenido en el art. 14 de la Constitución obliga a una aplicación e interpretación de las normas procesales, orientadas a propiciar la más efectiva y favorable tutela del derecho fundamental. Por ello, cuando este Tribunal se ha pronunciado en relación con discriminaciones indirectas, de cierta semejanza con el caso ahora enjuiciado, ha insistido en el especial deber de atención que han de prestar los órganos judiciales ante la situación de discriminación en el empleo por razón de sexo (SSTC 145/1991, 58/1994, 286/1994 y 147/1995), doctrina constitucional que viene, esencialmente, a coincidir con la sostenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su reciente Sentencia de 9 de febrero de 1999, en el asunto Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, así como en las que en ella se citan, y que decidió un caso de discriminación indirecta producida por determinada regulación legal.

8. En consideración a lo expuesto, ha de entenderse que el órgano judicial, en un proceso de tutela antidiscriminatoria caracterizado por sus dificultades probatorias (aquí, por otra parte, incrementadas por asumir la posición de parte demandante un Sindicato, sin intervención de concretos sujetos individualizados), venía obligado a velar por que las pruebas admitidas fueran aportadas al proceso en los términos requeridos, y todo ello con la finalidad, cumpliendo así su función de garante del derecho fundamental en juego, de que el Sindicato demandante pudiera acreditar unos indicios suficientes para invertir el onus probandi, con arreglo al art. 96 de la L.P.L., máxime cuando en la Sentencia dictada en casación, el 18 de febrero de 1994, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el proceso laboral que decidió sobre la legitimación activa del Sindicato C.G.T., acordó la devolución de las actuaciones a la Sala de instancia para el pronunciamiento de nueva Sentencia sobre el fondo, sobre la única base procesal de la insuficiencia de los hechos probados, entendiéndose que éstos debían ser completados, al efecto de un adecuado pronunciamiento sobre la existencia o no de la discriminación empresarial objeto de tutela jurisdiccional.

Lejos de ello, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia no sólo no practicó diligencia alguna encaminada al logro de tal objetivo, sino que dictó nueva Sentencia

JURISPRUDENCIA • TC •

sobre el fondo (la pronunciada con fecha 15 de noviembre de 1994), en la que se redujeron en número los hechos declarados probados que conformaban la base fáctica de la resolución judicial, de tal suerte que el fallo desestimatorio de la pretendida discriminación empresarial tuvo por sustrato un relato fáctico incluso más aligerado del que, en su día, fue calificado de insuficiente en sede de casación.

9. Por todo lo expuesto, hemos de concluir que la actuación procesal de la Sala de instancia, no corregida en vía de casación, ocasionó una real indefensión al sindicato que demandaba la tutela jurisdiccional, por cuanto, en virtud de tal actuación, no accedieron al proceso laboral, integrando el acervo probatorio del mismo, los elementos y datos adecuados para que el Sindicato pudiera justificar los suficientes indicios acerca de la conducta empresarial a la que atribuía el trato desigual, y, por ende, de manera mediata para que pudiera desplegar toda su eficacia o virtualidad la regla procesal del art. 96 de la L.P.L., sobre inversión de la carga de la prueba.

La consecuencia, pues, no puede ser otra sino la de otorgar el amparo que se recaba, por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, ex art. 24.1 C.E. del Sindicato demandante, con la consiguiente nulidad de las Sentencias que ocasionaron dicha vulneración constitucional, y con la correlativa devolución de las actuaciones procesales a la Sala de instancia, a fin de que complete en debida forma el material probatorio obrante en el proceso.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

- 1.º Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva del Sindicato demandante de amparo.
- 2.º Anular las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1995 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de 15 de noviembre de 1994.
- 3.º Retrotraer las actuaciones para que por la Sala de instancia se adopten las medidas necesarias para llevar a cumplido efecto la prueba en su día acordada.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de marzo de mil novecientos

noventa y nueve.-Pedro Cruz Villalón.-Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.-Pablo García Manzano.-Fernando Garrido Falla.-María Emilia Casas Baamonde.-Firmado y rubricado.

COMENTARIO A LA STC 41/1999, DE 22 DE MARZO

La Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1999, de 22 de marzo aborda nuevamente un recurso de amparo en cuyo supuesto de hecho subyace una situación de discriminación por razón de sexo ocasionada en el ámbito laboral, más concretamente en la fase de acceso al empleo. No obstante, la atención del Tribunal se centra en la valoración de la conducta del órgano judicial a la hora de aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba contenida en el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral³. Esta cuestión entiende el TC que se ha de referir, no al derecho a la igualdad del art. 14 CE, sino al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE⁴.

En esta ocasión, el recurso lo presenta la Confederación General del Trabajo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1995, que confirma en casación otra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. El sindicato mencionado interpuso una demanda por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la empresa "FASA-Renault", basado en la exclusiva contratación de personal eventual masculino de escasa cualificación en perjuicio de las mujeres capacitadas para desarrollar los respectivos puestos de trabajo. Para fundamentar su posición, la parte actora propuso varias pruebas, consistente en la aportación por parte de la empresa de los originales de los contratos eventuales suscritos en las fechas discutidas y de las actas de diversas reuniones del Comité Intercentros, donde la dirección de la empresa se compromete a contratar personal femenino, así como la solicitud al INEM de los listados de demandantes femeninas de empleo que poseían la titulación exigida por la empresa. Dichas pruebas no van a ser aportadas en los términos exigidos, sin que los órganos judiciales procuraran su correspondiente corrección, lo que el sindicato considera decisivo de cara a la posterior desestimación de la demanda.

La eficacia de los derechos fundamentales -y, por tanto, del derecho a la igualdad- en el espacio constituido por las relaciones entre particulares, en el que se insertan las de tipo laboral, es un dato indiscutible a partir del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dedicada a la materia.

3. En virtud del art. 96 LPL, "En aquellos procesos en que de la alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad."

4. No obstante, en una sentencia anterior, el TC ha señalado que la virtualidad del mencionado art. 96 LPL, "que ciertamente revela la importancia de las reglas del onus probandi para la efectividad de la tutela antidiscriminatoria, no engarza con el contenido del art. 24.1, sino con el del art. 14 CE." [STC 136/1996, de 23 de julio (BOE núm. 194, de 12 de agosto), f.j. 4].

JURISPRUDENCIA • TC •

Esto supone, no sólo que el desenvolvimiento mismo de la relación generada por el contrato de trabajo debe estar presidido por el respeto al derecho del art. 14 CE, sino, además, que los actos previos del empresario, dirigidos a la selección y contratación del personal no pueden implicar de ningún modo conductas de carácter discriminatorio. En este sentido se pronuncia el TC, que, en un supuesto en el que se discute una decisión empresarial consistente en la no renovación de un contrato por razón del embarazo de la trabajadora, afirma que "no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza [discriminatoria], y, mucho menos, cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer. (...) *De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)*".

Por tanto, el derecho a la igualdad de la mujer puede ser vulnerado por el empresario en un acto previo a la contratación cuando éste es discriminatorio por razón de sexo, es decir, cuando constituye un trato desigual basado exclusivamente en dicho criterio y carece, por ello mismo, de una justificación objetiva y razonable.

Como señala el TC, en la medida en que la prohibición constitucional de toda discriminación por razón de sexo pretende superar la tradicional posición de desventaja que, desde distintos puntos de vista, ha soportado la mujer en la sociedad, conecta con la idea de igualdad sustancial. Por este motivo, debe ser incluido en el concepto de discriminación, "no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, con-

secuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo".

Precisamente, el recurrente entiende en el caso que estudiamos que la conducta empresarial, que se materializa en la exclusiva contratación de personal masculino en base a criterios formalmente neutros, constituye uno de estos supuestos de discriminación indirecta.

Pues bien, es la dificultad de probar la existencia de una conducta discriminatoria, muy especialmente cuando, como ocurre en el caso en cuestión, la discriminación es indirecta y se produce además en la fase de acceso al empleo, la que justifica la decisión adoptada por el art. 96 LPL en orden a la inversión de la carga de la prueba⁷.

Así, el propósito del sindicato demandante era aportar con las pruebas propuestas un indicio acerca de la existencia de un trato discriminatorio por razón de sexo, capaz de trasladar a la empresa la carga de demostrar el carácter materialmente neutro, ajeno por tanto a todo propósito discriminatorio, de los criterios utilizados en el proceso de selección del personal. Por este motivo, la actitud pasiva del órgano judicial ante la falta de aportación completa de alguna de las pruebas requeridas por la parte demandada y por el inem necesariamente incide de manera negativa en el desarrollo de una protección efectiva del derecho fundamental del art. 14 CE. Como indica el TC, "el órgano judicial, en un proceso de tutela antidiscriminatoria caracterizado por sus dificultades probatorias (aquí, por otra parte, incrementadas por asumir la posición de parte demandante un sindicato, sin intervención de concretos sujetos individualizados), venía obligado a velar por que las pruebas admitidas fueran aportadas al proceso en los términos requeridos" (f.j. 8º). Es el incumplimiento de dicha obligación el que ocasiona la indefensión de la parte recurrente, y lesiona, por tanto, su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE⁸.

En definitiva, la salvaguarda del derecho de las mujeres a no ser discriminadas por razón de sexo exige una actitud activa por parte de los órganos judiciales a la hora de procurar la práctica efectiva de las pruebas solicitadas por la parte demandante para aportar al proceso los indicios capaces de invertir la carga de la prueba. **(RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ)**.

5. STC 173/1994, de 7 de junio (BOE NÚM. 163, de 9 de julio), f.j. 3. Allí mismo establece el Tribunal Constitucional que "No puede mantenerse que en el presente caso no se ha producido una discriminación por el solo dato de que el empresario se ha limitado a ejercitar un acto de libertad al margen del contrato de trabajo. La conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho."

6. STC 145/1991, de 1 de julio (BOE NÚM. 174, de 22 de julio), f.j. 2; criterio reiterado en, entre otras, SSTC 147/1995, de 16 de octubre (BOE núm. 269, de 10 de noviembre), f.j. 2 y 198/1996, de 3 de diciembre; (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1997), f.j. 2).

7. Este precepto no hace sino recoger una consolidada jurisprudencia constitucional. Véase, por todas, STC 34/1984, de 9 de marzo (BOE núm. 80, de 3 de abril), f.j. 3.

8. Por lo demás, el deber de la parte demandada de suministrar las pruebas solicitadas ha sido puesto de manifiesto por el TC, que ha señalado con carácter general que "cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad." [STC 7/1994, de 17 de enero (BOE núm. 41, de 17 de febrero), f.j. 6, que cita doctrina anterior].

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 6 DE OCTUBRE DE 1998. DELITO CONTINUADO DE AGRESIÓN SEXUAL.

TEXTO DE LA SENTENCIA

*STS 6 octubre 1998. Sala 2ª.
Ponente: D. Luis-Román Puerta Luis.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

SEGUNDO.- Se formula el primero de los motivos del recurso al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por "indebida inaplicación de los artículos 429.1 y 452 bis g) del Código Penal, Texto Refundido 1973, ...".

Sostiene el Ministerio Fiscal "la procedencia de estimar concurrente la intimidación precisa para integrar las conductas que describe el hecho probado número I como constitutivas de tres delitos violación previstos y penados en los artículos 429.1º y 452 bis G) del Código Penal, Texto Refundido 1973 (de menor rigor punitivo que lo dispuesto en los artículos 178, 179 y 180 segundo inciso y nº 3º y 4º y 192 del Código Penal L.O. 10/1995), así como la procedencia de su tipificación independiente".

Afirma el recurrente que el relato de hechos probados de la sentencia recurrida contiene, en lo que respecta a los hechos referidos a la menor X, tres secuencias diferenciales y con sustantividad propia : 1ª) Desde que cumplió nueve años hasta la incoación del procedimiento (HP I, inciso inicial); 2ª) desde que X cumplió los doce años, en que le obligó a mantener relaciones sexuales completas (con penetración por vía vaginal, anal y bucal) (HP I, segundo inciso); y 3ª) la conducta observada con ella el día 22 de julio de 1995 en la Piscina Municipal de V (HP I, inciso final); planteándose este motivo "con referencia a la segunda de tales secuencias fácticas".

Critica el Ministerio Fiscal que la Sala de instancia haya considerado que la totalidad de los hechos que describe en el Hecho Probado I integran un único delito continuado de estupro, por entender que, para que pueda estimarse la existencia de verdadera intimidación, constitutiva del delito de violación, se requiere que la misma sea racional e inminente, en cada caso concreto de yacimiento; afirmando, en pro de su tesis (la existencia de tres delitos de violación continuados), que "la intimidación puede ser inmediata aunque sea también permanente", como sucedió en el presente caso; poniendo de manifiesto que en el relato fáctico de la sentencia recurrida se dice que, cuando X cumplió los doce años de edad, dichas prácticas conti-

nuaban "dado que su voluntad se encontraba totalmente anulada y mediatizada por esa posición de supremacía que su padre ejercía sobre ella, el cual le obligó en esas fechas a mantener relaciones sexuales completas".

Frente a las tesis del Ministerio Fiscal, que en la instancia acusó de cinco delitos de violación, el Tribunal de instancia calificó tales hechos como constitutivos de un delito continuado de estupro, agravado por ser cometido por ascendiente, que es definido y penado en el art. 434 del Código Penal de 1973; y aunque reconoce que la situación de prevalimiento por parte del sujeto activo adquiere formas de intimidación sobre el sujeto pasivo, que podrían llevar a encuadrar los hechos enjuiciados en varios delitos de violación del art. 429.1º del Código Penal derogado, pone de relieve que, sin embargo, existe un precedente de diversas resoluciones de este Alto Tribunal en las que se viene exigiendo, para apreciar la existencia de una verdadera intimidación constitutiva de un delito de violación, que la misma sea racional e inminente, de tal modo que el mal con que se comina a la víctima para vencer su voluntad sea grave e inmediato; afirmando que "en el caso de autos, ..., no se dan esos requisitos configuradores del delito de violación"; pues de las propias declaraciones de la menor "no se puede concluir, como hacen las acusaciones, que en las ocasiones que la misma yació con el procesado fuera por causa directa de una intimidación inminente y previa causada por el mismo, ya que ella se limita a decir que actuaba obligada, pero eso como efecto de esa relación de prevalimiento que el mismo ostentaba en cuanto padre de aquélla y que la utilizaba para cercenar su voluntad y así satisfacer sus deseos libidinosos"; añadiendo que "X llega a decir que su padre no la golpeaba, excepto en el caso del incidente de la piscina, y que sólo la amenazaba, en un caso dice con un cuchillo, después de consumar esos actos y con la finalidad de que no se lo dijera a nadie, pero ello obviamente no constituye la intimidación que exige el tipo de la violación a la luz de la jurisprudencia expuesta" (FJ 7º).

Este Alto Tribunal, en sentencia de 28 de marzo de 1995, en un supuesto en el que el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación contra la sentencia de la instancia que condenó al procesado por tres delitos de estupro, por estimar también aplicable -como sucede en el presente caso- el art. 429.1 del Código Penal, declaró que "se impone recordar que precedentes resoluciones de esta Sala, que constituyen ya un cuerpo de doctrina, vienen exigiendo para apreciar la existencia de una verdadera intimidación

JURISPRUDENCIA • TS •

determinante de la existencia de un delito de violación, que reúna a la vez los caracteres de racional e inminente (ss. de 6 de octubre de 1990, 4 de octubre y 5 de diciembre de 1991), de tal modo que el mal con que se conmina a la víctima para vencer su voluntad sea grave e inmediato, que son también caracteres que requiere para la intimidación (el art. 1267.2 del Código Civil, pero no pudiéndose estimar sobrepasado el efecto de la situación de prevalimiento cuando el sujeto pasivo está influenciado por un temor genérico y difuso, derivado de la experiencia de una precedente convivencia anormal con episodios repetidos de malos tratos, atemorizantes en términos generales, exigiéndose para la aplicación del tipo de la violación la constatación efectiva de que cada concreto acto de yacimiento fue determinado por una inmediata y concreta acción de intimidación determinante causalmente del vencimiento de la voluntad de oposición a la relación carnal coetáneamente realizada (S^a de 3 de noviembre de 1992)“.

De modo patente, ha de reconocerse que las anteriores exigencias -como pone de manifiesto el Tribunal de instancia- no concurren en el presente caso. El sometimiento de la libre voluntad de determinación de la menor a las exigencias sexuales de su padre, según resulta del tenor de la resolución combatida, fue consecuencia de la situación de prevalimiento propia de la anómala relación paterno-filial del recurrente con su hija, más que de unas concretas acciones intimidatorias utilizadas por el acusado en cada ocasión.

Cierto que esta Sala, en sentencia de 15 de enero de 1998, en un supuesto de agresiones sexuales por parte de un padre a dos de sus hijos menores, tras destacar cómo el Tribunal de instancia había precisado que “en el caso enjuiciado, la presencia de la intimidación como un componente predominante en las agresiones sexuales sufridas por los menores supera con creces el mero prevalimiento connatural a la condición de padre de las víctimas concurrente en el acusado”, destacando que el miedo de los menores “venía determinado por dos circunstancias: el acusado tenía revistas de crímenes .. y “en una ocasión les dijo que les tenía que liquidar, refiriéndose a matarles” .. y “que no le pasaría nada porque estudiaría la forma de hacerlo con las publicaciones citadas ...”; consistiendo el otro elemento de intimidación en el hecho perfectamente conocido por el padre, de que los hijos querían permanecer en España (habiéndoles amenazado con hacerles ir con su madre, que residía en Alemania con otros dos hijos menores), lo cual es lógico por razones de idioma, familia, amistades, etc., ya que, cuando se produjo el divorcio de los padres los menores contaban 9 y 11 años aproximadamente ..”; declaró que “en el presente supuesto, las connotaciones amenazantes que conllevan las circunstancias

sobre el ánimo de los hijos conforman un estado psicológico de intimidación grave, racional y fundado que, causalmente, ha determinado el comportamiento de los implicados en tal aberrante situación”.

De modo patente, en el presente caso, no concurren circunstancias que permitan afirmar la existencia de una componente de intimidación que supere con creces el mero prevalimiento connatural a la condición de padre de la víctima. Consiguientemente, debe estimarse aplicable al mismo la doctrina de esta Sala, anteriormente recogida, en méritos de la cual ha de estimarse jurídicamente correcta la calificación jurídica asumida por el Tribunal de instancia, respecto de los hechos a que se refiere este motivo, es decir, un delito continuado de estupro de los artículos 434, 69 bis y 452 bis g) del Código Penal de 1973.

Por todo lo dicho, el motivo examinado no puede prosperar. Procede, en conclusión, la desestimación del mismo.

TERCERO.- El segundo motivo, por el mismo cauce casacional que el primero, denuncia igualmente infracción de ley “por inaplicación indebida de los artículos 181.1 y 2.1º, 74.1 y 3, y 192 del Código Penal vigente”.

Entiende el Ministerio Fiscal que, en el caso de autos, “se contienen todos los elementos necesarios para la apreciación de un delito continuado de abuso sexual”, previsto y penado en los artículos cuya infracción se denuncia, en cuanto se refiere a los tocamientos y conductas masturbatorias que se describen en la sentencia a los que el acusado sometió a X, desde que ésta cumplió los 9 años hasta la incoación del procedimiento, y que, con arreglo al Código Penal derogado constituían un delito de corrupción de menores de los artículos 452 bis b 1º) y 452 bis g) de dicho cuerpo legal; estimando que tales conductas son penalmente distintas de aquellas a las que se refiere el primero de los motivos del presente recurso. Y, al respecto, destaca que, según la jurisprudencia de esta Sala, son figuras compatibles, a efectos de su calificación y punición, las de corrupción de menores y las de estupro o violación, afirmando que “las anteriores consideraciones se refuerzan en el marco del nuevo Código Penal, donde la corrupción no constitutiva de prostitución desaparece de su artículo 187.1º, siendo además las penas inferiores a la de los abusos sexuales del art. 181, incluso sin la continuidad del nuevo art. 74; concluyendo que “puesto que los actos realizados respecto de la menor desde que cumplió los 9 años hasta que la misma cumplió los 12 años de edad, se realizan en tiempo y situaciones distintas, no en unidad de acción y tiempo, resulta procedente su sanción separada con arreglo a los preceptos antes mencionados”.

El Ministerio Fiscal había acusado al hoy recurrente por un delito de corrupción de menores del art. 452 bis b) 1º y 452 bis g) del Código Penal de 1973, por los hechos a que se refiere el presente motivo. El Tribunal de instancia, por

JURISPRUDENCIA • TS •

su parte, entiende que, "en el caso de autos y respecto a los hechos ocurridos antes de que X cumpliera 12 años, no se dan los requisitos del delito de corrupción de menores definido en el C. Penal de 1973, sino el de agresión sexual sin violencia" (FJ 6º), calificando, en definitiva, el conjunto de hechos descritos en el epígrafe I del "factum", tanto los anteriores al cumplimiento de los doce años por parte de la menor (consistentes en caricias y tocamientos en las zonas genitales de su cuerpo, mientras el acusado se masturbaba o lograba que aquélla también lo hiciera), como los posteriores (consistentes en mantener relaciones sexuales completas, con penetraciones vaginales, anales y bucales, llevadas a cabo unas veces en el propio domicilio, otras en casa de una hermana y otras en la casa de los abuelos de la menor), como constitutivos de un delito continuado de estupro cometido por ascendiente, de los artículos 434, 69 bis, 436 y 452 bis g) del Código Penal derogado, en cuanto los hechos relatados "responden a un mismo plan preconcebido, pero encuadrable en un doble tramo delictivo que protegen el mismo bien jurídico (el primero como una agresión sexual con carácter continuado del art. 436 del C. Penal y el segundo como un delito de estupro igualmente continuado) por el delito más grave, es decir, por un delito continuado de estupro, agravado por ser cometido por ascendiente, que es el definido y penado en el art. 434 del referido C. Penal de 1973" (FJ 1º.1).

Planteadas así las cosas, hay que decir que, pese a la indiscutible identidad del bien jurídico protegido que debe reconocerse existe entre los delitos de estupro del art. 434 y el de agresión sexual del art. 436, ambos del Código Penal de 1973, es patente, sin embargo, la muy distinta gravedad de las conductas típicas de uno y otro delito, dado que el estupro consiste en un "acceso carnal" y el delito del art. 436 se refiere a "cualquier agresión sexual". Como quiera, pues, que, por otra parte, las respectivas conductas atribuidas al acusado (las caricias y tocamientos, por un lado, y las relaciones sexuales completas, por otro) tuvieron lugar en períodos de tiempo sucesivos, bien definidos y de indudable importancia (las caricias y tocamientos tuvieron lugar desde los nueve hasta los doce años de la menor), entiende esta Sala que procede llevar a cabo una calificación jurídica distinta e independiente para las referidas conductas, calificando como constitutivas de un delito de agresión sexual continuado de los artículos 436, 69 bis y 452 bis g) del Código Penal de 1973 la conducta del acusado caracterizada por las caricias y los tocamientos realizados sobre su hija desde que la misma tenía nueve años hasta que cumplió los doce, como el propio Tribunal de instancia viene a admitir (v. FF JJ 5º y 6º "in fine"), al no resultar evidente que los correspondientes artículos del Código Penal de 1995 -no obstante ser los

expresamente citados en el motivo- sean más beneficiosos para el acusado que los del Código derogado (art. 2º.2 C. P.); por cuanto, si bien el delito de corrupción de menores, del que el Ministerio Fiscal acusó al hoy recurrente, ha desaparecido en el nuevo Código Penal, su conducta no puede quedar impune, habida cuenta de que el delito desaparecido participa de los mismos elementos que integran el de agresión sexual por el que se le debe condenar, sin menoscabo del principio acusatorio, en razón de la homogeneidad de ambos tipos penales y de la menor gravedad de las penas con que se sanciona el último en el Código (v. sª de 4 de febrero de 1997 y las que en ella se citan).

Por consiguiente, procede la estimación del motivo, si bien refiriendo la infracción de ley que se denuncia a los preceptos correspondientes del Código Penal derogado que era el vigente al tiempo de la comisión del hecho, habida cuenta de que no resulta evidente que el nuevo texto legal de 1995, actualmente vigente, sea más beneficioso para el reo.

CUARTO.- El motivo tercero, con sede procesal igualmente en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley "por indebida aplicación de los artículos 430, 452 bis g), 3 y 51 del Código Penal Texto Refundido de 1973".

Dice el Ministerio Fiscal que, en su calificación definitiva, estimó los hechos que en el primero de los motivos del recurso se describen como "tercera secuencia fáctica", "esto es, que el día 22 de julio de 1995, en la Piscina Municipal de V, el acusado obligó a la menor a que le acompañase al vestuario de caballeros donde intentó satisfacer sus apetitos sexuales por los medios que la propia sentencia describe (Hecho Probado I, inciso final), como constitutivos de un delito de agresión sexual en grado de consumación del derogado Código Penal, por entender que el agresor había llegado a tocar a la menor por debajo de la ropa el cuerpo de su hija". Y, tras reproducir el relato fáctico correspondiente, afirma que en el mismo se describe un incidente de carácter violento, en el que el acusado no logró su propósito de satisfacer sus apetitos sexuales, y que la concreta descripción del mismo justifica su punición independiente y no integrada en el único delito de estupro apreciado por la Sala de instancia. Este Alto Tribunal no comparte la tesis defendida por el Ministerio Fiscal en este motivo y, por el contrario, entiende que el incidente violento de la Piscina a que se refiere este motivo como "tercera secuencia fáctica" debe integrarse de modo natural, a efectos de su calificación jurídico-penal, en el contexto global de la conducta del acusado para con su hija X, desde que ésta cumplió los doce años hasta la incoación del procedimiento, no obstante haberse acreditado en este caso suficientes datos para una adecuada descripción individualizada de dicha agresión sexual.

A este respecto, no está de más recordar que, dentro del referido contexto global, el relato fáctico comprende conductas diferentes, tanto en lo referente a los tipos de penetración sexual descritos (vaginales, anales y bucales), como a los distintos lugares en que se llevaron a cabo (en el propio domicilio, en el domicilio de una hermana y en el de los abuelos de la menor), lo cual tampoco fue obstáculo pese a la postura mantenida sobre el particular por el Ministerio Fiscal en su calificación definitiva para que tanto por la Sala de instancia como por este Tribunal se calificara unitariamente aquélla como constitutiva de un delito continuado de estupro de los artículos 434, 69 bis y 452 bis g) del Código Penal de 1973, vigente al tiempo de la comisión de los hechos enjuiciados.

Por lo dicho, procede la desestimación de este motivo.

QUINTO.- El cuarto motivo, por el mismo cauce procesal que los anteriores, denuncia también infracción legal "por aplicación indebida del artículo 185 del Código Penal vigente como delito continuado, art. 74.1 y 3 del Código Penal, e indebida inaplicación del artículo 178 del mismo texto penal".

"Entiende el Ministerio Fiscal que, en los hechos declarados probados, se contienen todos los elementos necesarios para la apreciación de un delito de exhibicionismo del artículo 185 del Código Penal vigente así como de un delito de agresión sexual del artículo 178 del mismo Código Penal, de menor rigor punitivo que el artículo 430 en relación con el art. 429.1 del Código Penal Texto Refundido de 1973, que conllevaría además la agravante del artículo 10.15 del mismo Código Penal".

Se refiere este motivo, como resulta patente, a la conducta del acusado para con Z, descrita en el apartado III del "factum", integrada por dos hechos bien diferenciados, tanto en su concreta manifestación, como en el lugar y tiempo en que tuvieron lugar. En el primero de ellos, el acusado "le hizo gestos con la mano de estar masturbándose"; en el segundo, en fecha próxima al anterior, el acusado se acercó a Z, "la agarró por la cintura abrazándola y frotándola con sí con intención lúbrica".

Es indudable que, como manifiesta el Ministerio Fiscal, los anteriores hechos constituyen "dos ilícitos distintos, uno integrado por una conducta meramente exhibicionista sin imposición de conducta sexual distinta de la mera visión de gestos de carácter obsceno, lo que efectivamente integra un delito de exhibicionismo del artículo 185 del Código Penal vigente", y, otro, en cuya descripción fáctica se integran los elementos del delito de agresión sexual del artículo 178.

Por todo lo dicho, procede la estimación de este motivo.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los motivos SEGUNDO y CUARTO, con desestimación de los

restantes, del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra sentencia de fecha 12 de diciembre de 1.997, dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en causa seguida a Y por delito de estupro; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

COMENTARIO A LA STS DE 6 DE OCTUBRE DE 1998

En esta sentencia, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por Ministerio Fiscal frente a una sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que condenaba, por un lado, por delito continuado de estupro cometido contra hija menor y, por otro lado, por un delito de exhibicionismo y una falta de amenazas, cometidos contra otra persona. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso y, tras casar la sentencia de instancia, condena por delitos continuados de estupro y agresión sexual sin violencia, respecto al primer caso, y por delito de exhibicionismo y agresión sexual, en relación al segundo.

El primer argumento del recurso gira en torno a la posible calificación de determinadas conductas realizadas contra la hija menor como configuradoras del delito de violación, con objeto de hacer factible el concurso de dicho delito con el de estupro. El Tribunal reitera como doctrina consolidada que la intimidación determinante de la existencia del delito de violación ha de ser racional e inminente, de modo que el mal con el que se conmina a la víctima para vencer su voluntad en cada caso concreto ha de ser grave e inmediato y, por ello, no se considera intimidación en ese sentido -ni violación, por tanto- un temor que sea genérico y difuso. En este caso, se trataría del producido en la víctima por la dilatada prolongación temporal de las conductas delictivas.

Respecto a esta posición, es posible indicar una cierta dificultad en este sentido. Esta consideración proviene de retener que el sujeto pasivo que sufre este temor es, a la vez, la víctima del delito, por lo que una construcción de este tipo no parece la más apropiada para el caso de personas sometidas a estas conductas o a malos tratos durante un período de tiempo muy prolongado. Lógicamente, ello puede acentuarse en el caso de menores de edad, sometidos a estas agresiones durante mucho tiempo. La reconducción de la apreciación concreta de la intimidación propia de la violación a cada uno de esos actos, puede entrañar dificultades en un contexto habitual de malos tratos o de agresiones.

JURISPRUDENCIA • TS •

Sí es adecuada, en relación a otro aspecto discutido en la sentencia, la posición sostenida por el Tribunal Supremo sobre la compatibilidad, a efectos de su calificación jurídica y punición, de la agresión sexual con el estupro o la violación. Ciertamente, existe identidad en el bien jurídico protegido, pero es diversa la gravedad de las conductas típicas de cada una de ellas. De este modo, más que producirse una subsunción en una sola calificación jurídico-penal de las conductas realizadas, aunque sea en el delito más grave, se deberán juzgar todas aquellas susceptibles de ser individualizadas. Esta es la razón de la estimación de uno de los motivos del recurso presentado y de la subsiguiente condena, junto al delito continuado de estupro, por otro delito también continuado de agresión sexual, ante la posibi-

lidad de encuadrar en este marco delictivo, algunas de las conductas realizadas.

En relación a esta apreciación, puede enmarcarse el motivo del recurso que solicitaba la individualización de un comportamiento dentro del delito de agresión sexual, dado su perfecta determinación objetiva y espacio-temporal. Prefiere el Tribunal, al igual que hizo la sentencia recurrida, insertarla en el marco del delito continuado de estupro.

Igualmente, esta apreciación diferenciada de las conductas producidas, es la que permite al Tribunal, en el análisis de las conductas realizadas con la segunda víctima, diferenciar los tipos de exhibicionismo y agresión sexual, no tenidos en cuenta por la sentencia de instancia. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ).

JURISPRUDENCIA • TS •

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,

DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1998. DELITO DE TRATO DEGRADANTE E INFERIOR.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS 25 noviembre 1998. Sala 5ª.

Ponente: D. Fernando Pérez Esteban

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Tribunal Militar Territorial Primero dictó la expresada sentencia de 27 de Noviembre de 1997 declarando probados los siguientes hechos: "que el día seis de enero de mil novecientos noventa y seis, el procesado, Sargento Primero del Ejército del Aire, don JORGE, destinado en el Ala Doce Sección de Informática de la Base Aérea de Torrejón de Ardoz, y cuyos demás datos personales constan en el encabezamiento de esta sentencia, había sido designado como Suboficial de Control y sobre las dos y media de la madrugada ordenó a la soldado, Militar de Empleo de Tropa Profesional, Lucía, perteneciente a la Escuadrilla de Policía y en servicio de intervención inmediata -y una de cuyas misiones consistía en la conducción de vehículos durante el servicio-, que le acompañase a realizar una patrulla por el interior de la Base en un vehículo conducido por dicho soldado. El procesado se negó a que en tal servicio de patrulla participara el Cabo Oscar, binomio del soldado anteriormente citado, ordenándole que se acostara. Iniciado el servicio, durante el

mismo el Sargento Primero JORGE dirigió a la soldado Lucía las siguientes frases: "Que guapa estás", "podemos hacernos un masaje", "podemos quedar después de la Guardia". Asimismo, le propuso relaciones sexuales a lo que la soldado se negó. Como quiera que durante el servicio de patrulla vieran que en el antiguo edificio de bomberos había luces, se dirigieron al mismo y entraron en él por orden del citado Sargento; allí el Suboficial la agarró por los brazos empujándola hacia una pared e intentó besarla, cesando en su empeño al ser rechazado.

Al día siguiente, siete de enero, coincidieron en un nuevo Servicio de Seguridad, pretendiendo el Sargento salir de patrulla con ella, lo que no consiguió al quedarse la soldado en la emisora por orden del Comandante de la Guardia. Pasadas las tres de la madrugada del día ocho de enero, cuando la soldado Lucía se dirigía hacia su cama del Cuerpo de Guardia una vez terminado su servicio en la emisora -local en el que dormían los soldado que realizaban aquél servicio, cualquiera que fuese su sexo, tanto los hombres como las mujeres-, fue abordada en la oscuridad por el Sargento JORGE, que se había quedado a dormir en una cama del Cuerpo de Guardia -a pesar de disponer de otra cama en el dormitorio destinado al Suboficial de Control-, el cual se le echó encima abrazándola y cayendo sobre una mesa allí existente, siendo también rechazado.

JURISPRUDENCIA • TS •

En fecha anterior que no ha podido ser precisada, el Sargento Primero JORGE, encontrándose ambos en una cafetería de la Base, le cogió a la soldado Lucía las manos, así como también le pasó la mano por la espalda hasta los glúteos. En otra ocasión, que tampoco ha podido ser precisada su fecha, le dijo a la citada soldado: "vamos a echar un polvo".

Ante la citada conducta anteriormente descrita de la que fue objeto la soldado Lucía, ésta se sintió humillada".

SEGUNDO.- En virtud de dichos hechos, el Tribunal sentenciador pronunció el siguiente fallo: "Que debemos condenar y condenamos al Sargento Primero del Ejército del Aire, don JORGE como autor del delito continuado de abuso de autoridad previsto y penado en el artículo ciento seis del Código Penal Militar, consistente en el trato degradante realizado por un superior respecto a un subordinado, en relación con el artículo setenta y cuatro del Código Penal, del que venía siendo acusado por el Fiscal Jurídico Militar, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de diez meses de prisión con las accesorias de suspensión de empleo y de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y el efecto de pérdida de su tiempo para el servicio, no existiendo responsabilidades civiles que exigir".

TERCERO.- Notificada la aludida sentencia a las partes, el condenado en ella manifestó su propósito de recurrirla en casación por infracción de ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, dictándose por el Tribunal de instancia el auto de 2 de Marzo de 1998 por el que se tuvo por preparado el anunciado recurso.

CUARTO.- Deducidos los oportunos testimonios y emplazadas las partes y elevada la causa a esta Sala de lo Militar, el recurrente compareció ante nosotros, en tiempo y forma, y debidamente representado y asistido, formalizando su recurso de casación tan solo por infracción de ley y articulándolo en dos motivos: En el primero de ellos, al amparo del art. 849, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia aplicación indebida del art. 106 del Código Penal Militar, por no revestir los hechos la gravedad suficiente para ser considerados trato degradante y por faltar el dolo específico de tratar inhumana y vejatoriamente a la víctima. En el segundo motivo, al amparo también del nº 1º del mismo art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impugna la sentencia por aplicación indebida del art. 74 del Código Penal vigente, al entender que no se dan los requisitos necesarios para calificar su conducta como delito continuado. Solicita de la Sala la estimación de su recurso, casando la sentencia y dictando en su lugar otra mas conforme a Derecho.

QUINTO.- Por su parte, el Excmo. Sr. Fiscal Togado, en su escrito, se opone a los dos motivos del recurso por las razones que aduce y se dan aquí por reproducidas, y soli-

cita la desestimación de los dos motivos formulados y confirmación de la sentencia impugnada.

Por providencia de 29 de Septiembre de 1998, y al no haberse estimado necesaria la celebración de vista que interesaba el recurrente y a la que se opuso el Ministerio Fiscal, se señaló para la deliberación y fallo del recurso el día 24 de Noviembre a las 11,30 horas, lo que se ha llevado a efecto en dicha fecha, con el resultado que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso se impugna la aplicación del art. 106 del Código Penal Militar que hizo la sentencia de instancia, por una doble consideración: porque la conducta descrita en el "factum" no constituye trato degradante y porque no se da el dolo específico de tratar inhumana o vejatoriamente a la víctima que se requiere, a juicio de la parte, para la apreciación del delito.

El art. 106 del Código Penal Militar castiga al superior que tratare al inferior de manera degradante o inhumana. Dos son, pues, las conductas que se tipifican en el precepto, a saber, el trato degradante y el trato inhumano a inferior. La sentencia de instancia ha calificado los hechos que estima acreditados como trato degradante, que es el tipo concreto que combate la parte cuando entiende indebidamente aplicado dicho artículo 106 del Código Penal Militar.

El precepto configura una de las protecciones penales, dentro de nuestro derecho positivo, del derecho reconocido en el art. 15 de la Constitución Española cuando establece que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Para determinar el concepto de trato degradante, que proviene del art. 3º del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de Noviembre de 1950, el cual, a su vez, tiene como antecedente el art. 5º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948, y fue posteriormente recogido en el art. 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, ha de partirse necesariamente de dichos Acuerdos Internacionales, con arreglo a la prescripción del número 2º del art. 10 de la Constitución Española de que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. El Convenio de Roma fue ratificado por nuestra Nación por Instrumento de 26 de Septiembre

JURISPRUDENCIA • TS •

de 1979, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Instrumento de 13 de Abril de 1977; y hay que tener también en cuenta, entre los Convenios Internacionales, la Convención de Nueva York de 10 de Diciembre de 1984, ratificada por España mediante Instrumento de 19 de Octubre de 1987, y el Convenio Europeo de 26 de Noviembre de 1987, ratificado el 28 de Abril de 1989, también para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes.

SEGUNDO.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene señalando en numerosas resoluciones que para que pueda apreciarse el trato degradante a que se refiere el art. 3º del Convenio de Roma, los malos tratos han de revestir un mínimo de gravedad, y así la sentencia de dicho Tribunal de 18 de Enero de 1978, y en igual sentido la de 25 de Abril del mismo año, citadas por el Ministerio Fiscal, establece que "La apreciación de ese mínimo es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc.". En segundo término, establecido ya ese mínimo de gravedad, para que tales tratos puedan considerarse degradantes se exige por la propia sentencia del TEDH de 18 de Enero de 1978, en su párrafo 67, que puedan crear en las víctimas "sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral".

Porque el trato degradante supone siempre un atentado contra la integridad moral de la persona, la cual exige el debido respeto al derecho de todos a actuar conforme a la propia voluntad. Este respeto a la voluntad de la persona, que no es sino respeto a su libertad, puede considerarse como el contenido básico del derecho constitucional a la integridad moral que se proclama en el antes citado artículo 15 de la Constitución Española y que constituye una proyección de la irrenunciable dignidad personal.

TERCERO.- Pero los atentados contra la integridad moral son objeto de protección en diversos tipos penales -amenazas, coacciones- que no pueden considerarse, en sí, como tratos degradantes. El ataque a esa integridad se constituye como bien jurídico penalmente protegido en el art. 106 del Código Penal Militar -lo mismo que en el art. 173 del Código Penal- solo cuando suponga también una humillación o vejación para el sujeto que la padece. Así lo exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a que acabamos de aludir y la del Tribunal Constitucional (sentencias de 29 de enero de 1982, 11 de Abril de 1985, y 27 de Junio de 1990) al interpretar aquel concepto de integridad moral en la Constitución; y así aparece reconocido por esta Sala de lo Militar en numerosas sentencias (30-10-90, 14-9-92, 23-3-93, 12-4-94 y 29-4-

97) que han hecho hincapié en la humillación o degradación del inferior y en el desprecio del valor fundamental de la dignidad humana, para la configuración del tipo delictivo del art. 106 del Código Penal Militar en su modalidad de trato degradante.

CUARTO.- Podemos, pues, definir el trato degradante que se tipifica en el precepto cuya aplicación ante nosotros se impugna, como cualquier atentado a la dignidad de la persona que lesione su integridad moral de forma lo suficientemente grave para que, objetivamente, pueda generarle sentimientos de humillación o vejación.

Aplicando esta doctrina a los hechos enjuiciados, hay que rechazar, en primer lugar, la levedad que les atribuye el recurrente, que solo se refiere a las expresiones orales del superior, pero que no cita, al argumentar sobre la supuesta levedad de los hechos, los actos llevados a cabo por él. Siendo el trato degradante, como hemos dicho, un comportamiento que, en su base, afecta a la libertad al representar una vulneración del derecho de las personas a actuar conforme a su voluntad, la gravedad del hecho que contemplamos se desprende del mayor efecto intimidatorio que para el inferior ha de tener el comportamiento de un superior al que debe subordinación y respeto. A su vez, al superior se le exige el respeto a la dignidad del inferior, sin que pueda hacerle objeto de maltrato ni vejación alguna, según resulta de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por ley 85/1978, especialmente de su artículo 171. Esta circunstancia del carácter de superior de quien realiza los hechos, que se recoge en la descripción típica del art. 106 y que determina esa carga intimidatoria de sus acciones a que aludimos, ha de ser ponderada también, junto a la propia naturaleza del hecho, para la determinación de la gravedad de aquel comportamiento. Y en ese sentido constatamos que la conducta del Suboficial que, además de dirigir a la inferior, Soldado de Tropa Profesional, las expresiones que se recogen en el relato histórico, la agarra por los brazos y la empuja contra una pared intentando besarla, tras proponerle relaciones sexuales; que la aborda en la oscuridad y se le echa encima, abrazándola y cayendo sobre una mesa; y que le pasa la mano por la espalda hasta los glúteos y le propone "echar un polvo", reviste aquella gravedad suficiente para considerar afectada la integridad moral -que forma parte de la integridad personal- de quien sufría tales comportamientos, los cuales, además, eran susceptibles de vejarse y humillarla, con la natural consecuencia de inseguridad y falta de confianza, al ser tratada como simple objeto de las apetencias sexuales de quien, de ese modo, siendo su superior, atentaba contra su dignidad personal, tanto más cuando la circunstancia de la necesaria convivencia de los militares en guardias y otros servicios hace mas difícil y comprometida la situación de la

JURISPRUDENCIA • TS •

mujer que se ve sujeta a tales acciones, con menoscabo de aquella integridad moral de que se deriva su plena seguridad y confianza en sí misma, debiéndose precisar, desde este punto de vista, que las mencionadas acciones se realizaron estando el superior y la inferior en servicio de patrullas o en servicio de seguridad, lo que puede aumentar aun más el carácter vejatorio y humillante de aquel comportamiento del superior que, sin consideración al servicio oficial que está realizando la inferior, la instrumentaliza con objeto de satisfacer sus lúbricos deseos, aunque, ciertamente, no es preciso que las acciones se realicen en acto de servicio para encuadrarlas en el art. 106 del Código Penal Militar.

QUINTO.- Demos ahora respuesta a la segunda puntualización que se realiza en el recurso, referente al elemento psicológico del delito, es decir al dolo. Cree el recurrente que el delito apreciado exige un dolo específico de tratar inhumana o vejatoriamente a la víctima y entiende que ese dolo no se refleja en los hechos probados.

De ninguna manera podemos acoger este parecer. El delito del art. 106 del Código Penal Militar es un delito pluriofensivo que está encuadrado entre los contrarios a la disciplina, en el capítulo correspondiente a los abusos de autoridad. Pero eso no quiere decir que el único bien jurídico que protege sea esa virtud de la disciplina, que obliga tanto al inferior respecto al superior, como de éste a aquel. Por el contrario, además de ese bien jurídico, y quizá con importancia no menor, se tutela también en el precepto, como inexcusable derivación de los acuerdos y compromisos gestados en el seno de la Comunidad Internacional y a los que se ha obligado España, la dignidad de la persona y su integridad moral. Y la humillación que comporta el trato degradante, -que ha de ser considerada objetivamente, como lógica derivación de un comportamiento susceptible de vejar y humillar en las circunstancias en que se produce, y con independencia de las connotaciones puramente subjetivas de una determinada persona- es independiente de la motivación concreta que pueda tener quien lo lleva a cabo. Así, para la apreciación del delito basta el dolo genérico, en virtud del cual el autor de los hechos sabe lo que hace y hace lo que quiere. Carece de razón el recurrente cuando cree que es preciso la concurrencia del dolo específico al que se refiere. El error de esa exigencia ha sido ya puesto de relieve por nosotros, entre otras, en sentencia de 23 de Marzo de 1993. Y no puede negarse que el suboficial, en el caso de autos, tenía pleno conocimiento de lo que hacía y actuaba con la libre voluntad de llevarlo a cabo, y como con esos dos requisitos, conocimiento y voluntad, queda plenamente satisfecho el elemento intelectual, que se manifiesta en la intención maliciosa, y, por otra parte, como acabamos de ver en el fundamento anterior, concurre también el ele-

mento objetivo del tipo en cuanto aquellos comportamientos pueden ser considerados como trato degradante, tal como lo hizo la sentencia de instancia que ante nosotros se combate, hemos de declarar que no infringió dicha resolución judicial el art. 106 del Código Penal Militar cuando lo aplicó a los hechos que declaró probados y apreció, en definitiva, la comisión por el ahora recurrente del delito de trato degradante a inferior que se contiene en dicho precepto, por lo que procede rechazar este primer motivo del recurso.

SEXTO.- En el segundo motivo, la parte combate la calificación que hizo el tribunal sentenciador de su conducta como delito continuado.

La sentencia de instancia entendió que concurrían en los hechos todos los elementos que exige el art. 74 del Código Penal para la apreciación de tal figura delictiva, por cuanto, dice la Sala de instancia, la conducta reiterada del procesado expresa una resolución firme y continuada, pesada y decidida, ejecutada cada vez que se le presentaba una situación similar, de hecho idéntica en su materia, infringiendo el mismo precepto penal y ofendiendo a la misma Soldado. Frente a ello, el recurrente en su muy escueta argumentación señala nuevamente que los hechos no tienen gravedad alguna y no pueden encajarse en el art. 106, lo que le lleva a considerar que no existe el dolo único necesario para todas las acciones. Cree que los hechos son instantáneos y quedan consumados y agotados en cada momento de su realización. Bien dice el recurrente que este segundo motivo va íntimamente relacionado con el primero. Por ello, dada la forma en que lo plantea y su desarrollo, bastaría remitirnos a la desestimación del primer motivo para entender decaído este segundo. No obstante, recordemos simplemente la doctrina constante de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de que el delito continuado exige para su apreciación: una pluralidad de hechos diferenciables y no sometidos a enjuiciamiento separado por los tribunales; la concurrencia de un dolo unitario que revele una unidad de resolución y propósito que sea común a la pluralidad de acciones comisivas; el desenvolvimiento de las acciones en el mismo o cercano entorno espacial y sin una separación temporal que permitiera conceptualizarlas como ajenas unas de otras; la unicidad del precepto penal violado, de forma que todas ellas pueda subsumirse en un mismo tipo delictivo; la identidad de sujeto activo y la homogeneidad del "modus operandi". Todas estas exigencias concurren en los hechos que la sentencia de instancia declaró probados. La unidad de propósito o intención, que niega el recurrente expresamente, se revela con toda evidencia en el comportamiento del Suboficial que trata de doblegar la resistencia de la Soldado con el fin de satisfacer sus deseos en diversas ocasiones. El carácter

JURISPRUDENCIA • TS •

instantáneo de las diversas acciones aunque se aprecie, no impediría, en este caso, la apreciación de la continuidad delictiva, porque concurre la unidad de designio y de propósito que se desprende de la total conducta del procesado, lo que permite, al darse los demás requisitos enumerados, establecer la culpabilidad homogénea que fundamenta la decisión del Tribunal. El motivo debe necesariamente decaer y con él todo el recurso.

En consecuencia,

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación 1/59/98, interpuesto por la representación procesal de D. Jorge contra la sentencia de 27 de Noviembre de 1997 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero, Sección Primera, en la causa 13/17/96 en la que fue condenado como autor de un delito de trato degradante a inferior del art. 106 del Código Penal, a la pena de diez meses de prisión, con las accesorias legales correspondientes, cuya resolución íntegramente confirmamos.

COMENTARIO A LA STS DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1998

En esta sentencia, la Sala 5ª del Tribunal Supremo, de lo Militar, confirma la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Militar Territorial Primero en la que se condenaba a un Sargento Primero del Ejército del Aire como autor de un delito de trato degradante a un inferior, tipificado en el art. 106 del Código Penal Militar. El Tribunal Supremo desestima el recurso presentado por el condenado en primera instancia.

Los hechos que son objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Supremo se desenvuelven en el ámbito militar, tratándose de un Suboficial del ejército que, abusando de su autoridad, realiza una serie de conductas atentatorias contra la dignidad de una militar, presentando todas las conductas connotaciones sexuales. En este caso se da la circunstancia de que en la víctima del delito concurre la doble condición de inferior jerárquico al autor de los hechos, y, además, mujer con la consiguiente carga de discriminación.

El delito por el que resulta condenado el militar, <<trato degradante a un inferior>>, así como el correspondiente

delito recogido en la legislación penal común, constituyen la protección de índole penal de la prohibición recogida en el artículo 15 de la CE: nadie puede ser sometido a torturas ni a penas inhumanas o degradantes, prohibición que enlaza con el derecho fundamental de todos a la integridad física y moral así como con la dignidad personal (art. 10.1 CE)⁹.

Lo que se plantea, por tanto, es la conculcación del derecho fundamental de la víctima, mujer, a su integridad personal, en este caso, en su dimensión de integridad moral. En este supuesto, este derecho presenta de modo genuino su carácter de derecho subjetivo de defensa frente al Estado, puesto que los ataques no tienen lugar en el seno de una relación privada, sino de una relación de servicio en el ámbito militar, que es precisamente lo que determina que la legislación aplicable sea la específicamente militar. Lo cual, por otra parte, nos muestra que los derechos fundamentales, en concreto, el derecho que ahora nos ocupa, opera plenamente en este ámbito específico del ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional ha establecido que con este derecho a la integridad física y moral se protege la inviolabilidad de la persona contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu¹⁰. En su modalidad de integridad moral, se trata de proteger, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo, la libertad de la persona, en el sentido de que ésta pueda actuar conforme a su propia voluntad. Pero la Constitución no sólo ha consagrado, con carácter general, el derecho fundamental de todos a la integridad física y moral, sino que ha precisado un poco más el alcance del derecho garantizado, al prohibir las torturas y los tratos inhumanos y degradantes. Se trata de una prohibición de carácter absoluto –la Constitución establece que <<en ningún caso>> podrán producirse estas conductas–, que opera, por tanto, también en el ámbito castrense, y que lleva a que toda conducta que sea susceptible de ser calificada como tortura, trato inhumano o degradante, con violación, en consecuencia, de la prohibición constitucional, suponga, asimismo, de manera inmediata e inequívoca, una violación del derecho fundamental a la integridad física y moral. A su vez, esta prohibición constitucional encuentra su reflejo en la legislación penal, tanto común como militar, que tipifica como delito aquellos hechos que encajan en la prohibición contenida en la CE. De este modo, el <<trato degradante>> constituye una de las lesiones de este derecho fundamental a que se refiere la Constitución en su art. 15, junto con la <<tortura>> y

9. El art. 15 CE establece que "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes."

10. STC 120/1990, de 27 de junio, (BOE núm. 181, de 30 de julio), f.j. 8; reiterado entre otras, en las siguientes, SSTC 137/1990, de 19 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio) f.j. 6; y 215/1994, de 14 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto), f.j. 4.

11. Estas categorías se diferencian entre sí por la intensidad de los padecimientos físicos o psíquicos causados, de tal modo, que las mismas, integran una escala gradual, cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante. (Auto del TC núm. 333/1997, de 13 de octubre, f.j. 5).

12. El art. 10, 2 CE dispone que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". A su vez, el art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales establece que "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes."

JURISPRUDENCIA • TS •

los <<tratos inhumanos>>, y, a vez, un delito del Código Penal militar cuando quien realiza los hechos es militar y superior jerárquico de quien los padece que también debe tener, también, la condición de militar¹¹.

Se trata, por tanto, de determinar si los hechos que se someten a la consideración del Tribunal Supremo, son subsumibles en el tipo penal de <<trato degradante a un inferior>>. En esta labor interpretativa ocupa un lugar destacado el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo interpreta. Al criterio interpretativo en materia de derechos constitucionales contenido en el art. 10, 2 CE, se une la influencia que el art. 3 de dicho Convenio ha tenido en la redacción del art. 15 CE¹².

Para determinar si las conductas realizadas por el Sargento Primero del Ejército constituyen un <<trato degradante>>, el Tribunal Supremo, de acuerdo con la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, examina si las conductas enjuiciadas revisten la gravedad suficiente para que supongan una vejación o humillación para la persona que las 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 Tribunal Supremo valora especialmente la posición de superioridad en la que se encuentra el autor de los hechos, de lo que deriva el "mayor efecto intimidatorio que para el inferior ha de tener el comportamiento de un superior al que debe subordinación y respeto." Es esta circunstancia, junto a la naturaleza de las conductas examinadas, que hacen de la mujer simple objeto del deseo sexual del hombre, lo que lleva al Tribunal Supremo a entender que nos encontramos ante un delito de trato degradante a un inferior, desestimando en todos sus extremos el recurso de casación interpuesto por el autor de los hechos, condenado en primera instancia. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

JURISPRUDENCIA • TSJ •

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1998. DENEGACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EMPLEADA DEL HOGAR.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STSJ País Vasco 29 septiembre 1998. Sala 4ª.

Ponente: D. Pablo Sesma de Luis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1º.- La actora, Dª Juana, nacida el 7 de marzo de 1945 y constando afiliada al Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar con núm. 48/100336581, prestó servicios dependientes por cuenta ajena como empleada de hogar familiar hasta causar baja por enfermedad común el 10 de julio de 1995.

2º.- Mediante solicitud de la actora de 9 de septiembre de 1996, se inició expediente de incapacidad permanente, siendo el estado clínico-laboral de la actora dictaminado por la UVM I el 13 de enero de 1976, elevando la CBI propuesta de NO declaración de invalidez permanente en ninguno de sus grados, que acogió la Dirección provincial del INSS elevando a definitiva la propuesta el 24 de febrero de 1997, frente a lo que se formuló la pertinente recla-

mación administrativa previa, denegada en nueva resolución administrativa de 5 de mayo de 1997, que se impugna en esta vía jurisdiccional.

3º.- La actora presenta a la fecha del hecho causante los siguientes menoscabos:

Columna cervical: Hernia discal postero-lateral derecha C6-7, cambio degenerativos en C5-6 sobre todo en C6-7 con estenosis de foramen de conjunción C6-7 derecho y compromiso de raíz C7 de este lado, movilidad conservada y dolor referencial al pinzamiento de ambos trapecios. Columna Lumbar: Protusión postero-central L5-S1, movilidad conservada, dolor referencial al realizar todos los movimientos y a la palpación de todas las vértebras, goldwhite bilateral, reflejos conservados.

Pequeñas lesiones hiperintensas en T2 a nivel supratentorial compatibles con origen isquémico.

Rotura de espesor completo del manguito de los rotadores de 1,5 cm. de diámetro en la zona de inserción del tendón supraespinoso del hombro derecho, con alteración de la señal al resto del manguito compatible con tendinitis.

Transtorno de la personalidad del tipo narcisista en tratamiento psiquiátrico desde agosto de 1994, con cuadro depresivo de leve intensidad con ideación autolítica, en tratamiento con psicofármacos.

JURISPRUDENCIA • TSJ •

4º.- La base reguladora de la prestación de invalidez permanente absoluta por enfermedad común es de 62.669 ptas., y la fecha de efectos la del 9 de enero de 1997, cuando se agotó la situación de incapacidad temporal.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Que estimando en parte la demanda formulada por D^a Juana contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, revocando en esta vía la resolución administrativa de 5 de mayo de 1997, debo declarar como declaro que la actora está afecta de invalidez permanente total para su profesión habitual de empleada de hogar derivada de enfermedad común, con derecho al percibo de un pensión vitalicia del 55% de la base reguladora de 62.669 ptas., y fecha de efectos a 19 de enero de 1997, y debo condenar como condeno a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al Instituto Nacional de la Seguridad Social al puntual pago de la prestación indicada, con sus complementos, mejoras y revalorizaciones legales.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de suplicación ya reseñado, que fue impugnado por la parte recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La demandante padece, en primer lugar, una degeneración en los discos vertebrales de las zonas cervical y lumbar, pero no presenta merma de movilidad, siendo por referencia de la interesada la sensación dolorosa que se sitúa en tales zonas anatómicas. En segundo lugar, presenta en el hombro derecho una tendinitis asociada a una pequeña merma en la movilidad en el mismo causada por la rotura de espesor completo del manguito de los rotadores de 1,5 cms. de diámetro. En tercer lugar, tiene un cuadro depresivo de intensidad leve desde 1994.

Frente a este estado físico-psíquico no encontramos con la condición laboral de la demandante; empleada de hogar. Ello significa, por una parte, que numerosas tareas habituales no requieren esfuerzos físicos son de carácter moderado y cuentan con la ayuda de medios mecánicos, cuyo uso se halla generalizado en una sociedad desarrollada como la nuestra.

Se une a estas últimas circunstancias, como antes se indicó, que la trabajadora no padece merma de movilidad en la columna cervical y lumbar, no siendo objetivo el dolor que dice padecer; que la pérdida de movilidad es escasa en el hombro derecho; y que la depresión es leve, no encontrándose cronificada no rebelde al tratamiento farmacológico.

Se concluye por todo ello que el caso no encuentra acomodo en el art. 137.4 de la Ley General de la Seguridad

Social, que define la incapacidad permanente total, puesto que la capacidad laboral que posee la demandante le permite realizar su trabajo habitual con normalidad de rendimiento.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia de 15 de diciembre de 1997 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Vizcaya en procedimiento sobre prestación instado por D^a Juana contra el recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos revocar y revocamos la resolución impugnada, desestimando la demanda originadora de las actuaciones.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

COMENTARIO A LA STSJ DEL PAÍS VASCO,
DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1998.

En esta Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco deniega la incapacidad permanente total a una trabajadora empleada del hogar en base a una serie de consideraciones que analizaremos a continuación.

Los hechos que dan origen a esta Sentencia son los siguientes: La actora, empleada del hogar, en situación de baja por enfermedad, inicia los trámites para que le sea reconocida una prestación por incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común. Inicialmente, en fase administrativa, el Instituto Nacional de la Seguridad Social deniega la solicitud. La actora recurre esta denegación ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Vizcaya que estima su demanda. Frente a esta sentencia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social presenta un recurso de suplicación que resulta estimado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social.

De la decisión judicial que ahora comentamos queremos destacar, sobre todo, la escasa argumentación jurídica que realiza el Tribunal Superior de Justicia para denegar la incapacidad permanente total a esta empleada del hogar, y por tanto, las prestaciones económicas derivadas de las mismas. El Tribunal llega a esta conclusión a partir de una valoración muy subjetiva sobre las características de una

actividad que, sin duda, alguna desconoce o apenas conoce de un modo superficial.

No podemos tampoco desconocer la trascendencia de esta resolución judicial para el colectivo de mujeres trabajadoras, dado que esta profesión es desempeñada casi exclusivamente por mujeres. Al hecho de que se trata de una ocupación de <<mujeres>>, se añade, además, que las mujeres que se dedican a esta ocupación presentan, por lo general, una baja cualificación profesional, con lo que los salarios que perciben son, también, bajos, y su capacidad contributiva, en consecuencia, menor. Esta decisión judicial viene a incrementar la precariedad laboral y desprotección que en numerosas ocasiones afecta a este colectivo de mujeres.

Las empleadas del hogar son trabajadoras por cuenta ajena, pero de carácter especial, constituyendo, también a efectos de la Seguridad Social, un régimen especial, no integrado en el Régimen general de la Seguridad Social¹³. A grandes rasgos, este régimen especial se caracteriza por otorgar a sus beneficiarios menores prestaciones que las correspondientes al régimen general: así por ejemplo, no existe prestación por desempleo. De hecho, su misma pervivencia como un régimen especial, una vez afirmado plenamente su condición laboral y por cuenta ajena, sin integrarse en el régimen general de la seguridad social, ha sido cuestionada por una parte de la doctrina en la medida en que parece fundamentarse en la menor capacidad contributiva de este colectivo de trabajadoras¹⁴.

En la Sentencia que ahora nos ocupa se dilucida si la trabajadora tiene derecho a que se le reconozca una de las prestaciones que otorga la Seguridad Social: la prestación por incapacidad laboral permanente total para su profesión habitual, respecto de la cual la normativa aplicable no presenta, en principio, particularidad alguna, resultando de aplicación los mismos requisitos del régimen general. La prestación por incapacidad laboral está ligada a la dis-

minución de la capacidad laboral del trabajador o trabajadora, y presenta diferentes grados (la incapacidad permanente puede ser parcial, total, absoluta o gran invalidez) en función de la importancia de dicha disminución¹⁵. En todo caso, su reconocimiento da derecho a que el trabajador o trabajadora se beneficie de una prestación, de índole económica, que actúa como una <<renta de sustitución>> ante la pérdida del salario profesional que el trabajador ganaba con anterioridad.

Pues bien, el Tribunal de Justicia del País Vasco deniega el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual para esta trabajadora del hogar. Para llegar a esta decisión, el Tribunal atiende a dos tipos de consideraciones: de una parte, realiza una valoración de las lesiones que presenta la trabajadora, pero sobre todo, y esto es lo que resulta determinante, el Tribunal valora la naturaleza de la actividad que constituye la profesión habitual de la actora: empleada del hogar. Entiende el Tribunal que en esta ocupación "numerosas tareas habituales no requieren esfuerzos físicos, son de carácter moderado y cuentan con la ayuda de medios mecánicos, cuyo uso se halla generalizado en una sociedad desarrollada como la nuestra."

De este modo, al valorar de esta manera esta ocupación profesional, el Tribunal prácticamente elimina toda posibilidad de reconocimiento de este tipo de incapacidad a cualquier trabajadora empleada del hogar puesto que, de acuerdo con las consideraciones que realiza el Tribunal, aun concurriendo una disminución de la capacidad laboral de la trabajadora, como ocurre en el caso presente, ésta prácticamente en ningún caso va a tener la trascendencia suficiente para considerar a la trabajadora incapacitada para su profesión habitual, cosa que sólo podrá suceder, siempre de acuerdo con la doctrina de este tribunal, en los casos extremos de lesiones de una especial gravedad. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

¹³ El Estatuto de los trabajadores lo contempla como una relación de carácter especial en su art. 2.1. b), estando regulado por el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto. Por su parte, a efectos de Seguridad Social, está previsto como un régimen especial en el apartado e) del art. 10.2 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) y se rige por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, modificado por el Real Decreto 1609/1987, de 23 de diciembre.

¹⁴ Así, Manuel R. ALARCÓN CARACUEL y Santiago GONZÁLEZ ORTEGA: Compendio de Seguridad Social, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 377 y 378.

¹⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137. 2 de la Ley General de la Seguridad Social la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se determine. En tanto se dicten estos reglamentos será de aplicación la legislación anterior (Disposición Transitoria Quinta bis de la LGSS) que establecía que "se entenderá por [invalidez] permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta" (artículo 135.4 de la antigua LGSS).

OTRAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TC SALA 1ª, SENTENCIA 183/1998, 17 SEPTIEMBRE. PONENTE: D. MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA

Indemnizaciones por despido discriminatorias. El TC desestima el recurso de amparo interpuesto, que alega el carácter discriminatorio de las indemnizaciones por despido por tomar como punto de referencia unos salarios que, a juicio de las recurrentes, eran discriminatorios. La naturaleza subsidiaria del recurso de amparo impide al TC pronunciarse sobre un asunto que no haya sido previamente sometido al conocimiento de los Tribunales ordinarios. Por este motivo, entiende el TC que las recurrentes deberían haber impugnado previamente los respectivos salarios.

TS SALA 1ª, SENTENCIA 19 SEPTIEMBRE 1998. PONENTE: D. ALFONSO BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA

Negativa a realizar prueba biológica de paternidad. Aunque la negativa a la realización de la prueba biológica de paternidad no puede considerarse "ficta confessio", sí es un indicio relevante, a valorar en conjunción con las restantes pruebas practicadas. En este sentido, la Sala de la Audiencia Provincial de Vitoria, que consideró procedente la reclamación de filiación no matrimonial, consideró probado que al tiempo de la concepción del menor la pareja convivía maritalmente. Por este motivo, el TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la AP.

TS SALA 1ª, SENTENCIA 31 DICIEMBRE 1998. PONENTE: D. FRANCISCO MORALES MORALES.

Anulación de contrato de compraventa realizado por uno sólo de los cónyuges tras la disolución de la sociedad de gananciales. La sentencia firme de separación matrimonial produce, de manera automática y ope legis, la disolución de la sociedad legal de gananciales (art. 1392.3 del Código civil). Una vez producida de este modo la disolución, y hasta que se realice la liquidación de la sociedad de gananciales, los bienes que, antes habían tenido la condición de gananciales, pasan a integrar una comunidad de bienes postmatrimonial, de naturaleza especial. Ambos cónyuges ostentan la titularidad común de dichos bienes, de tal modo que cualquier acto de disposición ha de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges, siendo radicalmente nulo todo acto de disposición realizado por uno solo de ellos.

TS SALA 1ª, SENTENCIA 5 OCTUBRE 1998. PONENTE: D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

Valor probatorio de la prueba biológica. La prueba biológica tiene una probabilidad del 98,8 por ciento de acierto, por lo que permite fundar sobre ella una declaración de paternidad. Por ello, la Sala desestima el recurso de casación con relación a la valoración de dicha prueba, por no haber tergiversación alguna de las conclusiones de la misma, ni falseamiento arbitrario de sus dictados, o deducciones absurdas o ilógicas a partir de ella.

TS SALA 2ª, SENTENCIA 24 DE OCTUBRE DE 1998. PONENTE: D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER.

Medios de prueba y presunción de inocencia en delitos de abuso sexual. El TS estima parcialmente un recurso de casación promovido por la defensa del condenado en causa seguida por abuso sexual. En la tensión producida entre la declaración de la denunciante y la presunción de inocencia, se ha de poder corroborar la primera con otros elementos de prueba, para que sea posible destruir dicha presunción, lo que no puede suceder cuando esos otros elementos son ambiguos. La resolución aborda también los problemas planteados cuando la inculpación se basa en afirmaciones de una persona, que sólo puede ser contradichas a través de la *probatio diabolica*. Se reitera la necesidad de contar en esos casos, con elementos objetivos que corroboren dicha inculpación y le otorguen veracidad según un juicio respetuoso "con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia". Sólo así, al realizar la ponderación con la presunción de inocencia, puede ceder ésta.

TS SALA 2ª, SENTENCIA 16 NOVIEMBRE 1998. PONENTE: D. CARLOS GRANADOS PÉREZ.

Prueba en los delitos contra la libertad sexual. La retractación sobre la implicación de los acusados por delito contra la libertad sexual no impide que el Tribunal desarrolle una labor de contraste entre las diversas pruebas y se forme un juicio en conciencia sobre su respectiva veracidad. Por este motivo, no se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, aunque el Tribunal de instancia haya contado con el testimonio de la víctima, al no ser el único medio probatorio con el que contó.

TS SALA 3ª, SENTENCIA 24 OCTUBRE 1998. PONENTE: D. PASCUAL SALA

Pensión compensatoria en caso de separación. En caso de separación de un matrimonio, una cesión patrimonial equivale a una pensión compensatoria, aunque no tenga carácter anual o periódico y se realice en un sólo acto.

TS SALA 4ª, SENTENCIA 23 SEPTIEMBRE 1998. PONENTE: D. FERNANDO SALINAS MOLINA

Falta de cotización y prestación económica por maternidad. La responsabilidad directa del empresario en el abono de la prestación económica por maternidad por falta de cotización sólo surge cuando el incumplimiento posee trascendencia en la relación jurídica de protección, al impedir la cobertura del período de cotización exigido.

AP SENTENCIA 30 JUNIO 1998 (ZARAGOZA) PONENTE: D. ANTONIO ELOY LÓPEZ MILLÁN

Delito de abandono de familia por impago de pensiones. La Sala entiende que las alegaciones del apelante en procedimiento por delito de abandono de familia por impago de pensiones, acerca de que la denunciante ocupaba con los hijos una vivienda de los padres del denunciado y había retirado dinero de una cuenta supuestamente común, no poseen efecto liberatorio.

OTRAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

**AP SENTENCIA 20 FEBRERO 1999 (SEVILLA).
PONENTE: D. MIGUEL CARMONA RUANO**

Amenazas del marido tras la separación. Sentencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Sevilla en juicio de faltas. La denunciante afirma que su marido, de la que está separada, la ha amenazado con persistencia de muerte por teléfono, y aporta con el recurso condenas por hechos como pueden ser persecución con vehículo o daños en la puerta con notas manuscritas. La resolución afirma que no es posible en estas circunstancias afirmar, sin más, como hace la sentencia que resuelve en primera instancia, que el hecho no constituye delito del art. 169.2 CP y limitarse de este modo, sin la menor actuación de instrucción o comprobación, a declarar el hecho falta, convocar el juicio y absolver por falta de pruebas. Estima, por tanto, que se ha seguido un proceso inadecuado, declarando la nulidad de todo lo actuado desde la recepción del atestado en el Juzgado de Instrucción, para que la instructora pactique las actuaciones de comprobación del hecho oportunas, conforme a lo dispuesto por el art. 789.3 LECr, y las medidas de protección de la víctima adecuadas a las circunstancias, conforme al art. 13 del citado cuerpo legal.

**AP SENTENCIA 25 MARZO 1998 (PONTEVEDRA)
PONENTE: D. JULIO CÉSAR PICATOSTE BOBILLO**

Revocación del reconocimiento de un hijo no matrimonial. En resolución de recurso de apelación que tiene su origen en procedimiento de impugnación de filiación no matrimonial del artículo 140 CC, la Sala admite la posibilidad de que el recurrente revoque el reconocimiento de un hijo no matrimonial por tener dicho acto un objeto que se correspondía con una realidad biológica inexistente.

**AP SENTENCIA 15 SEPTIEMBRE 1998
(VALENCIA) PONENTE: D. JOSÉ ALFONSO
AROLAS ROMERO**

Presencia de causa de separación. Dictada en recurso de apelación frente a sentencia que desestima la demanda de separación interpuesta por ausencia de causa alguna de separación, la Audiencia considera probado que el apelado fue condenado en dos ocasiones por actos dirigidos contra su esposa: una de ellas en un juicio de faltas por vejaciones y otra por delito de incendio de la casa de sus suegros, a donde había ido a residir ésta tras abandonar el domicilio conyugal.

**AP SENTENCIA 23 SEPTIEMBRE 1998 (LA
CORUÑA) PONENTE: D. ANTONIO MIGUEL
FERNÁNDEZ-MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

Delito de abandono de familia por impago de pensiones. La Sala entiende que la consumación del delito de abandono de familia por impago de pensiones no requiere previo requerimiento al cónyuge deudor para que proceda al abono de las cantidades establecidas en convenio homologado o en sentencia de separación, divorcio o nulidad, sino que el tipo del delito es puro de omisión, que sólo exige, como elemento objetivo, la falta de pago durante un plazo determinado.

**AP SENTENCIA 25 NOVIEMBRE 1998 (LA
CORUÑA) PONENTE DÑA. M^a DEL CARMEN
MOSQUERA RODRÍGUEZ**

Eximente del art. 20.1 CP en delito de lesiones. La Audiencia aprecia la eximente del art. 20.1 CP de 1995, y absuelve al acusado de delito de lesiones. Aunque los hechos datan de julio de 1996, y la enfermedad en que tiene origen la eximente –epilepsia– no le es diagnosticada hasta diciembre de 1997, la sentencia señala que dicha enfermedad viene precedida, por lo general, de un largo período de evolución en el que se encuentra latente, y manifiesta algunos síntomas difícilmente identificables hasta que se detecta como consecuencia de una crisis virulenta. Son fundamentales las declaraciones de la esposa e hija, así como la testifical del miembro de un equipo médico que atendió al acusado tras una de estas crisis, que manifestó que el consumo de alcohol podía desencadenar una crisis epiléptica, siendo así que la noche anterior a los hechos aquél había estado bebiendo.

**AP SENTENCIA 10 DICIEMBRE 1998 (MURCIA).
PONENTE: D. ANTONIO SALAS CARCELLER.**

Delito de abandono de familia por impago de pensiones. La Audiencia entiende que no se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia que le condena como autor de un delito de abandono de familia por impago de prestaciones económicas. En estos delitos, no es suficiente conque el acusado acredite una disminución en sus ingresos, sino que dicha disminución debe ir acompañada de la absoluta imposibilidad de atender las obligaciones judicialmente impuestas en el proceso matrimonial. En este supuesto, sin embargo, el acusado pagó antes otras deudas de su anterior negocio, pese a saber que las familiares eran preferentes.

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL DE
VIGO, 27 NOVIEMBRE 1998. MAGISTRADO
TITULAR: D. JOSÉ MANUEL DÍAZ ÁLVAREZ**

Denegación posibilidad acumulación del permiso por lactancia con reducción de jornada por cuidado de hijo menor. Una trabajadora de RENFE solicita la acumulación del permiso por lactancia de hijo menor de 9 meses, con la reducción de jornada por cuidado de menor de 6 años o disminuido físico o psíquico, previstas en los apartados 4 y 5 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores. A través de la sentencia, el juez no comparte dicha pretensión en atención a la misma finalidad que encuentra en estas dos normas, que ofrecerían –desde esta perspectiva– una posibilidad de opción a favor de la trabajadora en atención a las necesidades que comporta el cuidado y atención de hijo de corta edad. La licencia por lactancia se circunscribiría a los supuestos de realización de una jornada normal, en el sentido acuñado jurisprudencialmente. Sin embargo, parece que la razón última de la resolución se encuentra en que esa misma finalidad tiene consecuencias diferentes respecto a la retribución, pues frente al carácter retributivo íntegro de la licencia por lactancia, aparece la disminución proporcional en el salario supuesta por la reducción de jornada. Quizás otra forma de acercamiento al problema puede provenir también de la ponderación de las circunstancias que hacen necesario acudir a alguno de estos instrumentos legales.

NOTICIAS

La Directora del Instituto Andaluz de la Mujer, Carmen Olmedo, presentó el día 12 de abril el número 1 de la revista "Artículo 14" a los medios de comunicación, en un acto celebrado en la sede del Instituto en Málaga. Carmen Olmedo destacó que esta publicación viene a cubrir un espacio necesario para el tratamiento unitario de aquellas novedades legales y jurisprudenciales que afectan a la situación jurídica de la mujer, desde la intención de colaborar en la promoción de la igualdad real de la misma. Asimismo, se hizo referencia a la espléndida acogida que había tenido en distintos círculos jurídicos, no sólo de la Comunidad Autónoma andaluza, sino de toda España. Participó en el acto de presentación María Luisa Balaguer, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga, que respondió también a las preguntas de los asistentes.

La Junta de Andalucía, a través de las consejerías de la Presidencia, Salud, Asuntos Sociales y Gobernación y Justicia, el presidente del Tribunal Superior de Justicia, Augusto Méndez de Lugo, el delegado de Gobierno en Andalucía, José Torres Hurtado y el presidente de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, Alfredo Sánchez Monteseirín, han firmado un protocolo para coordinar la intervención profesional contra los malos tratos a las mujeres en los ámbitos judicial, policial, sanitario y social. Es el primero de estas características en España. De este modo, en los casos de malos tratos graves y abusos sexuales, los médicos deberán comunicarlo al juzgado de guardia para que éstos faciliten la presencia de un forense y de un policía para que sea posible cumplimentar, de una sola vez, las cuestiones médicas, policiales y judiciales, así como para presentar la denuncia, asegurar las pruebas, recoger muestras y garantizar la protección de las víctimas

El próximo día 25 de noviembre ha sido declarado día para combatir la violencia contra las mujeres (vid. BOE nº 127, de 28 de mayo de 1999). La declaración se ha efectuado por Orden de 17 de mayo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 21 de octubre de 1998, analiza la práctica de una empresa para proveer los puestos de confianza, consistente en una sugerencia previa a los candidatos que se estiman más adecuados para ocupar dichos puestos, entre los que cumplen los requisitos previstos para ello. Sin embargo, dicha práctica no se extiende a las mujeres y, por ello, el Tribunal estima que así se realiza por la empresa una selección previa discriminatoria.

El TS ha condenado a la compañía aérea SWISSAIR a pagar 3 millones de pesetas a una antigua trabajadora que sufrió una depresión causada por la discriminación por razón de su sexo. Dicha persona reclamó a la empresa al cobrar menos que otro trabajador, varón, de su misma categoría profesional y con una antigüedad menor. Esa situación le produjo una depresión y la compañía le rescindió el contrato, después de 20 años de trabajo. Tras la rescisión, reclamó una indemnización por responsabilidad extracontractual de la empresa respecto a su enfermedad, siendo desestimada su demanda por el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Madrid. Para estos órganos judiciales, la jurisdicción civil no era competente respecto a la demanda. El TS ha afirmado la corrección de dicha vía, considerando probada la responsabilidad sostenida por la demandante y señalando que los comportamientos discriminatorios de la empresa "generaron o aceleraron la depresión" al "representar un sufrimiento continuado e incesante".

España y Brasil tiene previsto firmar en breve un acuerdo de colaboración contra el tráfico sexual de mujeres brasileñas y las redes internacionales de prostitución.

El tribunal de jurado que juzgó, en la Audiencia Provincial de Granada, a José Parejo, ex marido de Ana Orantes, por el asesinato de ésta, al quemarla viva, lo ha encontrado culpable de asesinato con alevosía, sin apreciar la concurrencia de ninguna circunstancia atenuante, y se muestra contrario a que se aplique la remisión condicional de la pena o el indulto

Actualmente se están tramitando en las Cortes Generales dos proposiciones de ley sobre reforma del Código Civil en procesos de separación y divorcio, cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges. El plazo de presentación de enmiendas en el Congreso de los Diputados ha finalizado el día 30 de abril y se encuentra en la Comisión de Justicia e Interior, pendiente de elaboración del informe por la ponencia (referencia Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B, Proposiciones de Ley, nº 236).

Según un informe realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis en la Comunidad de Madrid, sólo un 5 % de las denuncias por malos tratos se juzga como delito, frente a un 95 % que son consideradas como simples faltas. El estudio concluye, además, la indefensión de las víctimas en estos casos dado que un 30 % de las denuncias presentadas por malos tratos en el hogar terminó con auto de sobreseimiento dictado por el juez sin que el fiscal recurriese la decisión. En los casos que llegaron a juicio oral, el fiscal no intervino en un 23% de las faltas y las mujeres no contaron con abogado en un 20 % de los casos. Además según refleja este estudio el 50 % de las víctimas de malos tratos que presentaron una denuncia ya había sido agredido con anterioridad pero no había llegado a denunciar la agresión.

Una sentencia del juzgado de lo Social número cinco de Sevilla, en la misma línea de otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha denegado la invalidez absoluta a una trabajadora doméstica, al entender que el trabajo en el hogar no requiere "esfuerzos u otra actividad física exigente" o una "gran responsabilidad". Además, añade la sentencia, los numerosos aparatos técnicos existentes hoy día "simplifican grandemente" las tareas domésticas.

El pasado 8 de abril Francia aprobó el Pacto Civil de Solidaridad, una ley en la que se reconoce oficialmente las parejas de hecho, entre ellas las uniones homosexuales y les otorga ventajas fiscales y sociales similares a la de los matrimonios, entre ellas la posibilidad de declarar conjuntamente a efectos impositivos y beneficiarse de una reducción en las cargas de sucesión y donación. En materia de Seguridad Social, el derecho de uno de los miembros cubre al otro, el derecho de alquiler se transfiere automáticamente al otro en caso de fallecimiento del titular del contrato.

La Junta de Andalucía a través de la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia, ha dotado a todas las Fiscalías de un programa informático para el registro y localización de las denuncias reiteradas por malos tratos.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha eliminado las agravantes de "alevosía" y "ensañamiento" de la condena a Ricardo Vidaña que mató a María Liñan de doce puñaladas, rebajando la condena a 14 años al revocar parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia de Sevilla, basada en el veredicto del jurado popular, en la que se le condenó a 22 años de prisión por un delito de asesinato con las agravantes mencionadas, la sentencia del TSJ de Andalucía ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo.

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**