

# ARTICULO

# 14

---

## UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

---

Boletín de Información  
y Análisis Jurídico

NÚM. 34 • SEPTIEMBRE DE 2010

### DOCTRINA

- El principio de representación equilibrada en los nombramientos y designaciones de índole jurídica.

### LEGISLACIÓN

- La reforma laboral desde la perspectiva de género: medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
- Desarrollo normativo: salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Unidades de Igualdad de Género en la Administración de la Junta de Andalucía.
- Observatorio Andaluz de la Violencia de Género.

### JURISPRUDENCIA

- Violencia de género, Sentencias del TC.
- Pensión de viudedad.
- Permiso de paternidad: el pagador de la prestación económica.



# ARTÍCULO 14

## Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

**Dirección:**  
Soledad Pérez Rodríguez

**Coordinación:**  
Pilar Gutiérrez

**Contenidos:**  
Área de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Málaga

**Dirección Técnica:**  
M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer

**Colaboran:**  
Antonio Javier Trujillo Pérez  
Rafael Naranjo de la Cruz  
M.<sup>a</sup> del Mar Navas Sánchez  
M.<sup>a</sup> Dolores Cabello Fernández  
Montserrat Reyes

Se permite la reproducción parcial o total de sus textos siempre que se cite su procedencia.  
Los artículos doctrinales y comentarios son colaboraciones cedidas a Boletín Jurídico "Artículo 14", que no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los mismos.

**Edita:**  
Instituto Andaluz de la Mujer  
C/ Doña María Coronel, 6  
41071 Sevilla.  
Tel.: 954 54 49 10  
Fax: 954 54 49 11  
Puede consultarse "Artículo 14" en:  
<http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer>

**Diseño y Maquetación:**  
Fotomecánica Magenta

**Imprime:**  
Tecnographic

**Dep. Legal:**  
SE-2460-01  
ISSN:  
1696-6988

## Sumario:

### PRESENTACIÓN

Soledad Pérez Rodríguez. Directora del Instituto Andaluz de la Mujer ..... 3

### DOCTRINA

El principio de representación equilibrada en los nombramientos y designaciones de índole jurídica. Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga. .... 6

### LEGISLACIÓN

La reforma laboral desde la perspectiva de género: aproximación a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. M.<sup>a</sup> Auxiliadora Jiménez Zafra, Abogada, Secretaria de Empleo y Acción Sindical de la Comisión Ejecutiva Provincial, UGT de Málaga. .... 19

Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. .... 29

Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga. .... 32

Decreto 275/2010, de 27 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de Género en la Administración de la Junta de Andalucía. .... 35

Decreto 298/2010, de 25 de mayo, por el que se crea el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género y se regula su composición y funcionamiento. .... 37

### TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN

..... 42

### JURISPRUDENCIA

Sentencia del TC 41/2010: Fundamentos Jurídicos 4º a 11º. .... 46

Sentencia del TC 45/2010: Fundamentos Jurídicos 2º a 6º. .... 50

Sentencia del TC 60/2010: Fundamentos Jurídicos 3º a 22º. Violencia de género. M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga. .... 53

Auto 90/2010, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional (Pleno), por el que se deniega la suspensión de determinados preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga. .... 67

Sentencias del Tribunal Constitucional 22/2010, de 27 de abril y del Tribunal Supremo- Sala Cuarta, de 6 y 7 de julio de 2010. Pensión de viudedad. Dra. Ángeles Liñán García, Departamento de Derecho Romano, Civil y Eclesiástico del Estado, Universidad de Málaga. .... 71

Sentencia del Tribunal Supremo- Sala Tercera (Sección Séptima) de 8 de julio de 2010. La prestación económica por paternidad: su pagador. M.<sup>a</sup> del Mar Navas Sánchez, Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga. .... 75

## ARTÍCULO 14

## PRESENTACIÓN

**E**l Instituto Andaluz de la Mujer, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, es un Organismo pionero en el conjunto de las políticas de igualdad en España, y en el desarrollo de acciones novedosas para avanzar en la igualdad, que en su conjunto han supuesto avances importantes para las mujeres andaluzas. Un ejemplo positivo de su liderazgo activo lo constituyen las acciones para incorporar la transversalidad de género en las políticas públicas, entre otras, la Unidad de Género, que en el periodo 2002-2010 ha desarrollado un importante esfuerzo en ámbitos como son el asesoramiento especializado y la formación de los equipos gestores de la Administración de la Junta de Andalucía, así como la edición y difusión de manuales y guías de apoyo.

En el presente número de *Boletín Jurídico* destacamos la publicación del Decreto 275/2010, de 27 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de Género en la Administración de la Junta de Andalucía, que viene a dar cumplimiento al *I Plan Estratégico para la igualdad de mujeres y hombres en Andalucía 2010-2013*, que establece entre sus medidas, “el desarrollo reglamentario de la composición, competencias y régimen de funcionamiento de las Unidades de Igualdad de Género en el ámbito de las Consejerías, sus organismos y entidades instrumentales adscritas, así como en las Universidades andaluzas” y al desarrollo del artículo 60 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Estamos ante un importante avance de política positiva con el objetivo de integrar la perspectiva de género en las distintas políticas sectoriales de la Administración de la Junta de Andalucía. Las Unidades de igualdad de género se crean en todas las Consejerías de la Junta de Andalucía, como servicios administrativos, aunque no ocasionan ningún gasto extraordinario, para velar por la integración del principio de igualdad de mujeres y hombres en el conjunto de las actuaciones y normas emanadas de la Administración autonómica. Tienen, entre otras funciones, las de asesorar en la elaboración del informe de evaluación de impacto de género que se exige para la elaboración de normas y planes; realizar el análisis y control de las estadísticas oficiales de cada departamento desde esta perspectiva; impulsar iniciativas de formación y de conciliación de la vida laboral y familiar dirigidas al personal de la Administración autonómica, realizar el seguimiento del desarrollo y cumplimiento del Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía. Y colaborar con el Instituto Andaluz de la Mujer al objeto de garantizar la adecuada cooperación en la coordinación de las actuaciones en materia de igualdad.

En este sentido, como iniciativa potencial de innovación, para coordinar y acercar a la ciudadanía las unidades de igualdad de género creadas en todas las consejerías de la Junta de Andalucía y en las universidades públicas andaluzas, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social ha puesto en marcha una nueva página web, gestionada por el Instituto Andaluz de la Mujer, que cuenta con dos áreas de acceso: una privada, dirigida específicamente a las Unidades de Igualdad de las consejerías y las universidades, que funcionará como un servicio de asesoramiento continuado con formación y asesoramiento por internet; y otra área pública, con acceso a los recursos documentales y formativos de la unidad, los manuales y guías editadas por el Instituto Andaluz de la Mujer y a toda la normativa y documentación relacionada con el principio de igualdad de oportunidades.

Andalucía, con el desarrollo de las Unidades de igualdad de género se consolida como una de las Comunidades Autónomas que más avanza en el desarrollo de las políticas de igualdad, dotándose de una estructura administrativa de extraordinario efecto multiplicador cualitativo y cuantitativo, de sólido compromiso, conocimiento y capacidad, que nos sitúa a la vanguardia en la incorporación real del principio de igualdad y para la superación de los retos todavía pendientes.

*Soledad Pérez Rodríguez*  
*Directora del Instituto Andaluz de la Mujer*

## DOCTRINA

## EL PRINCIPIO DE COMPOSICIÓN EQUILIBRADA EN LOS NOMBRAMIENTOS Y DESIGNACIONES DE ÍNDOLE JURÍDICA

ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ<sup>1</sup>

Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga

Introducción. 1. Los nombramientos en órganos jurídicos nacionales: a) Tribunal Constitucional; b) Consejo General del Poder Judicial; c) Tribunal Supremo; d) Audiencia Nacional; e) Tribunales Superiores de Justicia; f) Audiencias Provinciales; g) Ministerio Fiscal; h) Dirección del Servicio Jurídico del Estado; i) Consejo de Estado; j) Defensor del Pueblo; k) Tribunal de Cuentas; l) Junta Electoral Central. 2. El Ministerio de Justicia: a) *Titulares del Ministerio de Justicia*; b) Organización del Ministerio de Justicia; c) Comisión General de Codificación. 3. Los nombramientos a propuesta de España de órganos jurídicos de carácter supranacional o de la Unión Europea: a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos; b) Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 4. Conclusiones

### Introducción

Se intenta comprobar con este trabajo si existe composición equilibrada entre mujeres y hombres, según define este concepto la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>2</sup>, en los nombramientos y designaciones de índole jurídica, es decir, para aquellos cargos y puestos en los que se desempeñan funciones relacionadas con la actividad jurisdiccional o que poseen un contenido eminentemente jurídico.

Interesa, para ello, realizar un análisis de los diversos niveles de decisión política y jurídica que concurren en España y, en cada uno de esos niveles, se intentarán estudiar los diversos órganos de este carácter existentes en ellos, aunque se deja para otro momento el análisis de los que se incardinan únicamente en el nivel autonómico.

### 1. Los nombramientos en órganos jurídicos nacionales

#### a) El Tribunal Constitucional

Se puede comenzar por los nombramientos para formar parte del Tribunal Constitucional tanto en la renovación llevada a cabo en el año 2004, como en la que se está finalizando cuando se escriben estas líneas, que corresponde a los integrantes del citado órgano constitucional cuya sustitución debió hacerse en noviembre de 2007. En el año 2004 debían renovarse los Magistrados que habían sido propuestos por el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial en el año 1995<sup>3</sup>, y la designación de quienes iban a sustituirlos consistió en la propuesta efectuada por el Gobierno de dos hombres, al igual que la realizada por el otro órgano constitucional mencionado<sup>4</sup>.

Es llamativa la opción del Gobierno, porque se encontraba recientemente constituido con una composición respetuosa con la paridad de mujeres y hombres -8 y 9 respectivamente<sup>5</sup>-. La composición del Consejo General del Poder Judicial que efectuó la propuesta de Magistrados del Tribunal Constitucional era de 19 hombres y 2 mujeres<sup>6</sup>.

Esos Magistrados sustituyeron, a su vez, a otros cuatro, con lo que puede verse que -en este aspecto- hubo continuidad respecto de las propuestas efectuadas en 1995 por los mismos órganos<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto "Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites (DER2009-14519-C05-01)", del Ministerio de Ciencia e Innovación: por ello, toda la documentación usada ha sido obtenida por internet.

<sup>2</sup> De acuerdo con su Disposición adicional primera "a los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento". Precisamente se trata de uno de los preceptos que "constituye regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.ª de la Constitución" (Disposición final primera, apartado 1) y uno de los tres, junto a las Disposiciones adicionales segunda y tercera, que tienen carácter orgánico (cfr. Disposición final segunda).

<sup>3</sup> En el Boletín Oficial del Estado núm. 84, de 8 de abril de 1995, se publicaron los Reales Decretos 528 a 531/1995, de 7 de abril, de nombramientos de Magistrados del Tribunal Constitucional a propuesta del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>4</sup> Los nombrados a propuesta del Gobierno lo son a través de los Reales Decretos 1404 y 1405/2004, de 8 de junio, y los nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial por medio de los Reales Decretos 1406 y 1407/2004, de la misma fecha, publicados todos ellos en el Boletín Oficial del Estado núm. 139, de 9 de junio.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

Por último, hay que hacer notar que de las 46 personas que han formado parte del Tribunal Constitucional hasta la actualidad, sólo ha habido 3 Magistradas, una en el primer Tribunal, constituido en el año 1980, y dos en el actual<sup>8</sup>. Es importante señalar que dos de ellas han sido elegidas Vicepresidenta y Presidenta del mismo<sup>9</sup>.

*Actual renovación*

En el mes de julio de 2010 han comparecido ante la Comisión de Nombramientos del Senado los candidatos propuestos por las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas para la elección, por esa cámara, de cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional. Quienes fueron citados para esa comparecencia lo han hecho tras haberse comprobado, por la Mesa del Senado, que cumplen los requisitos exigidos por la normativa vigente, por lo que el análisis se hará sobre este conjunto de personas, y no sobre las personas inicialmente propuestas por los Parlamentos autonómicos ya que, en algunos casos, han debido proponer a otras a requerimiento del citado órgano rector del Senado<sup>10</sup>.

En total se han propuesto por las asambleas legislativas autonómicas a 22 personas, siendo 18 hombres y 4 mujeres, lo que evidencia una gran desproporción entre ambos sexos -81'9% frente a 18'1%- , es decir, cuatro veces más el número de hombres que de mujeres<sup>11</sup>.

A finales del mes de septiembre del presente año se consiguió materializar un acuerdo que, posteriormente, se ha formalizado en la Comisión de Nombramientos del Senado, para proponer al Pleno de dicha cámara los nombres de las cuatro personas que van a sustituir a quienes fueron nombrados, a propuesta del Senado, en el año 1998. De la lista de quienes comparecieron en julio ante la mencionada Comisión, el acuerdo alcanzó a tres personas, dos hombres y una mujer y, como la propuesta que había de hacerse al Pleno debía contener cuatro nombres, ha sido completada con un acuerdo posterior sobre un tercer hombre propuesto por un grupo parlamentario<sup>12</sup>.

Esto supone que la propuesta de miembros del Tribunal Constitucional que próximamente se votará en el Pleno del Senado y que previsiblemente se aprobará, al contar con el apoyo de los dos grupos parlamentarios cuyos votos permiten alcanzar la mayoría cualificada exigida por la Constitución, tiene igual composición que la efectuada en 1998, esto es, tres hombres y una mujer, 75% de hombres y 25% de mujeres, con lo que la presencia de

<sup>5</sup> Es pertinente señalar que, en el orden de precedencia de ese Gobierno -exclusivamente desde el punto de vista de los Ministerios, esto es, sin tener en cuenta la existencia de las dos Vicepresidencias-, los cinco primeros puestos fueron ocupados por Ministros y los cuatro últimos por Ministras: cfr. Real Decreto 558/2004, de 17 de abril (BOE núm. 94, de 18 de abril). Por comparar, el Gobierno formado tras las elecciones del año 2008 estaba formado por 9 hombres y 9 mujeres, siendo su prelación -también al margen de las Vicepresidencias-, de una mujer en el tercer lugar de los cinco primeros puestos del mismo, y de 3 Ministras en los últimos cinco lugares del mismo, observándose tímidos avances respecto a la situación del año 2004 (cfr. Real Decreto 436/2008, de 12 de abril, publicado en BOE núm. 90, de 14 de abril). Sin embargo, debido a los cambios efectuados en la reestructuración de abril de 2009, manteniéndose la igualdad numérica -9 mujeres y 9 hombres-, se ha alterado el orden de precedencia: los cinco últimos puestos estaban ocupados por Ministras, acentuándose la situación si se tiene en cuenta que, entre los últimos 8 puestos, 7 estaban ocupados por mujeres, mientras se había mejorado algo en la zona superior, puesto que entre los cinco primeros puestos hay dos mujeres (puestos 3º y 4º), que son las únicas entre los 8 primeros puestos. Como estos datos se han indicado sin tener en cuenta las Vicepresidencias, no puede dejar de destacarse que, desde abril de 2004, una mujer es titular de la Vicepresidencia Primera y, desde abril de 2009, otra mujer es titular de la Vicepresidencia Segunda. Esta situación ha cambiado con la reciente remodelación ministerial: el Gobierno está formado por 9 hombres y 7 mujeres; un hombre es Vicepresidente Primero [Real Decreto 1323/2010, de 20 de octubre (BOE núm. 255, de 21 de octubre)], siendo dos los Vicepresidentes y sólo una mujer Vicepresidenta; así como el orden de precedencia tiene a 3 mujeres en los cinco primeros puestos -1º, 3º y 4º- y a otras 3 mujeres ocupan los tres últimos puestos del citado orden [Real Decreto 1313/2010, de 20 de octubre (BOE núm. 255, de 21 de octubre)].

<sup>6</sup> <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>.

<sup>7</sup> Debe anotarse que el Gobierno que realizó las propuestas correspondientes tenía su origen en la misma formación política en los dos momentos que se acaban de comparar, 1995 y 2004.

<sup>8</sup> Vid. las informaciones expuestas en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/emeritos/Paginas/MagistradosEmeritos.aspx> y <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/composicionorganizacion/Paginas/ComposicionOrganizacion.aspx>.

<sup>9</sup> Como se puede ver en los Reales Decretos 461/1986, de 4 de marzo, por el que se nombra Vicepresidenta del Tribunal Constitucional a doña Gloria Begué Cantón (BOE núm. 56, de 6 de marzo) y 1470/2004, de 15 de junio, por el que se nombra Presidenta del Tribunal Constitucional a doña María Emilia Casas Baamonde (BOE núm. 145, de 16 de junio).

<sup>10</sup> Esa constatación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes es expresamente mencionada por el Presidente del Senado al comienzo de la sesión de la Comisión (cfr. Diario de Sesiones del Senado -Comisiones-, Comisión de Nombramientos, Sesión extraordinaria, IX Legislatura, núm. 392, 15 de julio de 2010, p. 2). Por ello, sí se tendrá en cuenta en este trabajo al candidato que renunció por haber sido elegido Rector de una Universidad en fechas cercanas a la reunión de la comisión parlamentaria, así como a uno de los propuestos por el Parlamento Vasco que comunicó su imposibilidad de asistir a la sesión por encontrarse en el extranjero en esa fecha, ofreciéndose a comparecer en otra ocasión, por lo que no renunciaba a la designación efectuada por esa cámara (ibídem. pp. 2 y 36).

<sup>11</sup> Cfr. Ibídem, pp. 1-2. Fueron propuestas por el Parlamento de Cataluña (como ella indica, ibídem, p. 27), País Vasco (expresado también por la candidata, ibídem, p. 34), Andalucía (no indicado por ella ni por los portavoces que intervienen) y Galicia (como señala el primer portavoz que interviene, ibídem, p. 39).

<sup>12</sup> En la sesión de la Comisión de Nombramientos del día 28 de septiembre se efectuó una propuesta conjunta de los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular del Senado de tres candidatos, compuesta de una mujer y un hombre -paritaria, por tanto, esa propuesta aunque llama la atención que se indique primero al último- a iniciativa del Grupo Socialista y un hombre a iniciativa del segundo grupo (cfr. Diario de Sesiones del Senado -Comisiones-, Comisión de Nombramientos, IX Legislatura, núm. 402, 28 de septiembre de 2010, p. 1): esa propuesta fue aprobada en la Comisión y contó con el respaldo de los Grupos Parlamentarios Popular del Senado, Socialista, Senadores Nacionalistas y Mixto (cfr. p. 2). En el turno de explicación del voto, el portavoz del Grupo Popular del Senado anunció que ese grupo presentaría un candidato esa misma semana para que compareciera ante la Comisión de Nombramientos y completar la propuesta al Pleno (p. 4): esto hace que la propuesta al Pleno resulte desequilibrada en cuanto a la presencia de hombres y mujeres. La comparecencia del candidato se produjo en sesión del día 6 de octubre y su propuesta fue aceptada (cfr. Diario de Sesiones del Senado -Comisiones-, Comisión de Nombramientos, IX Legislatura, núm. 408, 6 de octubre de 2010, pp. 2-5).

## DOCTRINA

hombres y mujeres en el Tribunal Constitucional permanecerá igual en este sentido. El resultado final mejora levisísimamente el desequilibrio porcentual existente en la lista de propuestos por las asambleas legislativas autonómicas, pero no debe hacer olvidar que –en realidad– se está proponiendo al triple de hombres y que se encuentra alejado de los parámetros habituales que se aceptan como manifestaciones de representación equilibrada. Por último, debe indicarse que en las dos sesiones que han servido para completar la propuesta no se hizo mención alguna a esta cuestión.

### b) Consejo General del Poder Judicial

Un órgano constitucional que se ha renovado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 ha sido el Consejo General del Poder Judicial y la renovación se ha llevado a cabo en el año 2008. Atendiendo a lo que trata este trabajo, interesa destacar que, de los 20 Vocales elegidos por el Congreso de los Diputados y el Senado, 13 son hombres y 7 mujeres, 65% y 35% respectivamente: de esas mujeres, 4 fueron elegidas por el Congreso (dos pertenecientes a la categoría de Jueces y Magistrados –según la terminología empleada por la publicaciones oficiales correspondientes de las Cortes<sup>13</sup>- y otras dos pertenecientes a la categoría de Abogados y Juristas de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión –usando también la citada terminología-) y 3 por el Senado (dos y una de las procedencias que se acaban de mencionar). Desde otro punto de vista, esto significa que cuatro de ellas proceden de la carrera judicial y tres del grupo de abogados y juristas de reconocida competencia<sup>14</sup>.

Si éste ha sido el resultado de la elección efectuada por las Cortes Generales, interesa ver cuál fue el punto de partida sobre el que las cámaras trabajaron, lo que obliga, en el caso de los 12 Vocales entre jueces y magistrados de todas las categorías y que se encuentren en activo, a conocer la composición de las candidaturas presentadas por las asociaciones judiciales y por los miembros de la carrera judicial no asociados a ninguna de las mismas. Del análisis de esa lista, integrada inicialmente por 36 personas, se desprende que 24 fueron hombres –dos tercios del total- y 12 mujeres –un tercio-, aunque cuando realmente se pronunciaron las cámaras componían la lista 35 personas, 24 hombres y 11 mujeres, que será la que se tome en consideración aquí, puesto que es sobre la que se produjeron las votaciones<sup>15</sup>: si se tiene en cuenta que 4 mujeres fueron elegidas por las cámaras, la elección efectuada por estas mantiene la proporción de las candidaturas, esto es, de dos tercios de hombres y un tercio de mujeres. Deteniéndose un poco más en las candidaturas, se observa que había 4 candidatos no asociados y 31 pertenecientes a algunas de las asociaciones judiciales: en este momento del estudio, interesa destacar que 3 mujeres eran candidatas no asociadas frente a un candidato no asociado (75% frente a 25%) y, de otro lado, las asociaciones judiciales presentaron 23 candidatos y 8 candidatas, lo que significa 74'2% de candidatos y 25'8% de candidatas, incrementando fuertemente las asociaciones el porcentaje de hombres frente al de mujeres respecto del total presentado e, incluso, del total elegido. Además, la distribución entre asociaciones fue la siguiente: Asociación Profesional de la Magistratura, 10 hombres y 6 mujeres (62'5% y 37'5%); Asociación Francisco de Vitoria, 7 hombres y ninguna mujer (100% y 0%); Asociación Jueces para la Democracia, 4 hombres y 2 mujeres (66'6% y 33'3%); Foro Judicial Independiente, 2 hombres y ninguna mujer (100% y 0%). De todo ello, se concluye lo siguiente: en ningún caso asociación alguna propuso más candidatas que candidatos, lo que sí ocurrió entre los no asociados y, además, dos asociaciones no propusieron ninguna candidata<sup>16</sup>.

Respecto a los otros 8 Vocales del Consejo General del Poder Judicial, abogados y juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio, su propuesta es presentada por los grupos parlamentarios de las cámaras. En el caso del Congreso de los Diputados, se realizó una propuesta acordada por cinco grupos y formada por 2 mujeres y 2 hombres, respetando una paridad del 50%<sup>17</sup>, y esa propuesta fue respaldada por el

<sup>13</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 67, 19 de septiembre de 2008, p. 22 y Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado, Serie I, Núm. 73, 19 de septiembre de 2008, p. 1.

<sup>14</sup> Vid. Reales Decretos 1574 y 1575/2008, de 22 de septiembre, publicados en BOE núm. 230, de 23 de septiembre.

<sup>15</sup> La lista inicial fue publicada en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, Serie A, Núm. 311, 27 de octubre de 2006, pp. 1-2. Cuando se produjo la votación del Pleno del Congreso ya eran 35 aunque no se explica el motivo (cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados –Pleno y Diputación Permanente-, IX Legislatura, núm. 26, sesión plenaria núm. 23, 16 de septiembre de 2008, pp. 20-1), mientras en el Senado sí se indica que había sido excluida como candidata una de las mujeres propuestas en el grupo de miembros de la carrera judicial (vid. Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, núm. 13, 2008, sesión del Pleno celebrada el día 17 de septiembre de 2008, p. 493).

<sup>16</sup> En la lista inicial -Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, Serie A, Núm. 311, 27 de octubre de 2006, pp. 1-2- la Asociación Jueces para la Democracia había propuesto 4 hombres y 3 mujeres.

<sup>17</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados –Comisiones-, IX Legislatura, núm. 69, Comisión Consultiva de Nombramientos, Sesión núm. 1, 11 de septiembre de 2008, pp. 2 y 22. Suscribieron la propuesta los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán (Convergència i Unió), Vasco (EAJ-PNV) y Mixto, no habiendo firmado la propuesta el GP de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (pp. 22, 23, 24, 25, 27). En concreto, una mujer fue propuesta por el GP Socialista y la otra por el GP Vasco (EAJ-PNV): respecto a la primera explícitamente lo reconocen tanto ella como el portavoz del grupo (pp. 22 y 26) y, en cuanto a la segunda, había sido hasta pocos meses antes Diputada por esa formación política con una permanencia de doce años en el Congreso.

## DOCTRINA

Pleno con la suficiente mayoría<sup>18</sup>. En el caso del Senado, la propuesta se componía de 6 hombres y 1 mujer, de quienes sólo podía elegirse a cuatro, resultando elegida como Vocal la única candidata existente<sup>19</sup>: tampoco en esta cámara hubo acuerdo en la presentación por todos los grupos<sup>20</sup>. Es destacable que dos de estas tres mujeres elegidas por las cámaras por este grupo, son fiscales.

Resulta conveniente indicar cómo discurrieron las votaciones para elegir a estos Vocales. En el caso del Congreso de los Diputados, llama la atención que de los seis miembros de la carrera judicial que debían elegirse, son las dos mujeres las que obtuvieron el menor número de votos<sup>21</sup>, mientras en el caso de los Vocales no procedentes de la carrera judicial una de las candidatas obtuvo el mayor número de votos y la otra el menor<sup>22</sup>. En el Senado, también las dos elegidas entre miembros de la carrera judicial lo fueron con el menor número de votos<sup>23</sup>, así como la elegida por el grupo de juristas de reconocida competencia<sup>24</sup>.

A su vez, estos veinte Vocales del Consejo, compuesto como se ha indicado con anterioridad, eligieron al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, que hace el número 21 de los miembros del citado órgano constitucional, y al Vicepresidente del Consejo: en los dos casos, han sido hombres los elegidos<sup>25</sup>.

Respecto a la anterior composición del Consejo se puede observar una mejoría en cuanto a la presencia de mujeres, ya que en el constituido en el año 2001 su número era muy exiguo puesto que, en concreto, había 2, elegida una por el Congreso -entre miembros de la carrera judicial de todas las categorías-, y otra por el Senado -entre Abogados y Juristas de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión-<sup>26</sup>. También entonces tanto el Presidente como el Vicepresidente del Consejo fueron hombres<sup>27</sup>. Debe indicarse que respecto al Consejo al que sustituyó éste de 2001, es decir, el que desarrolló su mandato entre 1996 y 2001, la presencia de mujeres disminuyó, puesto que, de los veinte Vocales que lo componían, había 5 mujeres y 15 hombres<sup>28</sup>. A la hora de intentar explicarse este retroceso, hay que tener en cuenta también que la renovación efectuada en el año 2001 fue la primera realizada con la nueva fórmula de elección de Vocales, introducida por la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>29</sup>.

Es útil detenerse en la configuración interna de los órganos del actual Consejo una vez constituido, recordando que está compuesto -una vez elegido el Presidente- por 14 hombres y 7 mujeres, es decir, dos tercios de hombres y un tercio de mujeres sobre el total de miembros. En primer lugar, se puede atender a las cuatro Comisiones existentes por expresas previsiones legales: tres de ellas son presididas por hombres y sólo una, la

<sup>18</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados -Pleno y Diputación Permanente-, IX Legislatura, núm. 26, sesión plenaria núm. 23, 16 de septiembre de 2008, p. 21.

<sup>19</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Senado -Comisiones-, Comisión de Nombramientos, IX Legislatura, núm. 41, 15 de septiembre de 2008, p. 21.

<sup>20</sup> Al inicio de la sesión ante la Comisión de Nombramientos el portavoz del GP Mixto anuncia que, de acuerdo con tres de los candidatos, se retiran sus candidaturas por estar fuera de un pacto entre otros grupos (cfr. Diario de Sesiones del Senado -Comisiones-, Comisión de Nombramientos, IX Legislatura, núm. 41, 15 de septiembre de 2008, p. 2 y vid. también pp. 5 y 20), con lo cual comparecen únicamente las personas que integraban una propuesta suscrita por acuerdo de varios grupos: GGPP Senadores Nacionalistas Vascos, Catalán en el Senado de Convergència i Unió, Socialista del Senado, Popular (ibídem, pp. 4, 5, 11, 14, 16, 18, 19, 20-21), aunque el portavoz del GP Entesa Catalana de Progrés pone de manifiesto expresamente que la lista no se ha confeccionado en el Senado: "Estamos a punto de finalizar un trámite en la Cámara, pero es nuestra primera actuación sobre unos nombres que han venido de otro sitio" (p. 21 y vid. p. 4 y 21). No obstante, a la hora de informar la idoneidad de esos cuatro candidatos para ser propuestos para su elección por el Pleno del Senado, también el GP Mixto se pronunció favorablemente (p. 20).

<sup>21</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados -Pleno y Diputación Permanente-, IX Legislatura, núm. 26, sesión plenaria núm. 23, 16 de septiembre de 2008, p. 21: recibieron 317 y 307 votos, mientras tres de los candidatos obtuvieron 321 votos y el cuarto 320.

<sup>22</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados -Pleno y Diputación Permanente-, IX Legislatura, núm. 26, sesión plenaria núm. 23, 16 de septiembre de 2008, p. 21: recibieron 321 votos, igual que otro de los candidatos, y 312 votos, respectivamente. Tanto en esta votación, como en la anterior se registró el mismo número de votos en blanco y nulos: 11 y 1 respectivamente (ibídem).

<sup>23</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, núm. 13, 2008, sesión del Pleno celebrada el día 17 de septiembre de 2008, p. 494: una recibió 244 votos y la otra 229, mientras los otros cuatro candidatos obtuvieron 245 votos, existiendo 10 votos en blanco y ninguno nulo.

<sup>24</sup> Cfr. Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, núm. 13, 2008, sesión del Pleno celebrada el día 17 de septiembre de 2008, p. 494: la única candidata obtuvo 245 votos y los tres candidatos 246, existiendo 8 votos en blanco y ninguno nulo.

<sup>25</sup> Vid. Reales Decretos 1576/2008, de 24 de septiembre (BOE núm. 233, de 26 de septiembre) y 1610/2008, de 30 de septiembre (BOE núm. 239, de 3 de octubre).

<sup>26</sup> Vid. Reales Decretos 1222 y 1223/2001, de 6 de noviembre, publicados en BOE núm. 267, de 7 de noviembre. Sobre esta mejoría incidió la portavoz del GP Socialista del Senado en su intervención ante la Comisión de Nombramientos de dicha cámara (cfr. Diario de Sesiones del Senado -Comisiones-, Comisión de Nombramientos, IX Legislatura, núm. 41, 15 de septiembre de 2008, p. 5).

<sup>27</sup> Vid. Reales Decretos 1224/2001, de 23 de julio (BOE núm. 268, de 8 de noviembre) y 1246/2001, de 13 de noviembre (BOE núm. 273, de 14 de noviembre).

<sup>28</sup> Vid. Reales Decretos 1835 y 1836/1996, de 6 de noviembre (BOE núm. 178, de 24 de julio). Fueron elegidas dos mujeres por el Congreso de los Diputados -una entre miembros de la carrera judicial de todas las categorías y otra entre Abogados y Juristas de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión-, y tres por el Senado -dos en el primero de los grupos mencionados y una en el segundo-.

<sup>29</sup> En la Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales del año 2002 se destaca esa modificación sin hacer referencia alguna a esa composición menos equilibrada de hombres y mujeres: "La aplicación de este nuevo modelo de selección, que pretendía aproximar el sistema selectivo al espíritu del art. 122 de la Constitución, ha tenido como resultado un nuevo Pleno que integra las diversas tendencias existentes dentro de nuestra Justicia, como expresión de la pluralidad existente dentro de la Carrera Judicial. Como contrapunto, el Pleno se completa con un grupo de Juristas de reconocido prestigio, también plural en cuanto a su procedencia, y con amplia experiencia y formación en materia judicial" (p. 13). La Memoria está disponible en el "Portal CGPJ" de la página web [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

## DOCTRINA

de Igualdad, por una mujer<sup>30</sup>. A la vez, en tres hay una composición que podría calificarse de paritaria -3 y 2- aunque en dos de estas existe una mayor presencia de hombres sobre mujeres, que sólo cambia en la Comisión de Igualdad: ciertamente, estos datos de composición de las comisiones mejoran la proporción existente sobre el conjunto del Consejo<sup>31</sup>. Sin embargo, significativamente se rompe esta situación de paridad en la Comisión de Calificación, formada por 4 hombres y 1 mujer<sup>32</sup>.

Como segundo punto, conviene prestar atención a las Comisiones Reglamentarias, que son 10, y de las que sólo una, la de Comunicación, está presidida por una mujer, lo cual no se corresponde con la composición de este órgano constitucional. En seis de estas Comisiones, la composición puede calificarse de paritaria, mientras hay dos formadas íntegramente por hombres y otras dos de las que sólo forma parte una mujer: estas son, respectivamente, las Comisiones de Modernización e Informática, de la Escuela Judicial, la Delegada para la Inspección Judicial y de Relaciones con el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Administración de Justicia<sup>33</sup>. Entre las seis paritarias, en dos hay más mujeres que hombres en la composición 3 y 2; en tres sucede al contrario, mientras en la restante hay el mismo número<sup>34</sup>. En tercer lugar, hay que fijarse en las Vocalías Delegadas, que son 28 y de las cuales 11 son unipersonales y 16 pluripersonales. A cargo de las unipersonales, en 5 hay mujeres y en 6 hombres y, en las segundas, hay tres con una composición de 2 hombres y 1 mujer; siete con el mismo número -1 y 1-; cinco formadas sólo por hombres y una sólo por mujeres - para los órganos judiciales de vigilancia penitenciaria-.

Por último, entre los demás nombramientos efectuados se debe reseñar que una mujer fue nombrada Portavoz del Consejo y otra mujer Presidenta del Observatorio sobre Violencia Doméstica y Vocal del Observatorio Estatal contra la Violencia Doméstica y de Género.

### c) Tribunal Supremo

En el período correspondiente al mandato de esas dos composiciones del Consejo General del Poder Judicial mencionadas con anterioridad, esto es, desde finales de 2001 hasta el momento presente, se han nombrado por el Rey, a propuesta del citado Consejo, a 51 personas para el Tribunal Supremo, siendo 41 hombres, y 10 mujeres, lo que proporcionalmente equivale a 80'4% y 19'6%<sup>35</sup>. En dos años de ese período ninguna mujer fue nombrada y sólo en el año 2009 hubo casi el mismo número, 4 hombres y 3 mujeres<sup>36</sup>. Esto significa que la media total del período de 9 años, ya elevada de por sí, fue superada en 3 de esos años y en otro más no se llega por muy poco (dos décimas).

Otro modo de acercarse al tema objeto de estudio, es contemplarlo según la composición de las Salas del Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que actualmente pueden formar sala en dicho órgano, es decir, pueden ejercer funciones jurisdiccionales en él, 82 Magistrados –contando al Presidente- y 9 Magistradas, esto es, 90'1% y 9'9% respectivamente<sup>37</sup>. En ese sentido, se pueden señalar los siguientes aspectos: ninguna mujer preside alguna de las cinco Salas que forman el citado Tribunal, así como tampoco pertenece ninguna a la Sala Segunda, situada en la

<sup>30</sup> Son las Comisiones Permanente, Disciplinaria, de Calificación y de Igualdad.

<sup>31</sup> La mayor presencia de hombres que de mujeres -3 y 2, respectivamente- se da en las Comisiones Permanente y Disciplinaria. Además, en la Comisión Permanente los 5 Vocales suplentes son hombres; en los suplentes de la Disciplinaria se reproduce el esquema de composición con 3 hombres y 2 mujeres y, por último, en la de Igualdad se reequilibra la composición de la titular, pues ahora hay 3 hombres como Vocales suplentes.

<sup>32</sup> En cuanto a los suplentes de esta Comisión, se compensa algo el desequilibrio de la titular puesto que hay 3 mujeres entre estos Vocales suplentes.

<sup>33</sup> Sólo hay suplentes en las dos primeras, con 3 hombres y 2 mujeres y 3 mujeres y 2 hombres respectivamente.

<sup>34</sup> Siguiendo el orden mencionado, son las Comisiones de Estudios e Informes y Comunicación; Presupuestaria, Relaciones Internacionales y Relaciones con las Comunidades Autónomas; finalmente, la de Reforma del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial. Si se atiende a los suplentes, en las dos Comisiones con mayor presencia de mujeres, los suplentes son mayoritariamente hombres, 3 y 2 en el primer caso y todos -5- en el segundo, lo que no sucede en las de presencia mayoritaria de hombres: en dos de ellas hay 4 hombres y 1 mujer y en la tercera, no hay suplentes, como tampoco los hay en la que tiene el mismo número de hombres que de mujeres.

<sup>35</sup> Es necesario hacer una precisión porque existen 12 Reales Decretos en que se nombra a una mujer y 42 en que se nombra a un hombre: sucede que en tres de los primeros –los Reales Decretos 1264/2006, de 27 de octubre (BOE núm. 283, de 27 de noviembre), 212/2008, de 8 de febrero (BOE núm. 43, de 19 de febrero) y 95/2010, de 3 de febrero (BOE núm. 53, de 2 de marzo)- se nombra a la misma Magistrada, y en dos de los segundos –los Reales Decretos 1263/2006, de 27 de octubre (BOE núm. 283, de 27 de noviembre) y 211/2008, de 8 de febrero (BOE núm. 233, de 19 de febrero)- al mismo Magistrado. Por ello, en el texto se han indicado 51 personas distintas. Los primeros nombramientos de estas dos personas fueron anulados, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera, dictada por el Pleno- de de 21 de noviembre de 2007, por los Reales Decretos 29 y 30/2008, de 11 de enero (BOE núm. 20, de 23 de enero). Resulta ciertamente simbólico que se altera el orden de los decretos de cese respecto a los de nombramiento, aunque hayan producido efectos en los mismos momentos: primero se nombró al Magistrado, Real Decreto 1263/2006, y después a la Magistrada, Real Decreto 1264/2006, pero primero se cesó a la Magistrada, Real Decreto 9/2008, que al Magistrado, Real Decreto 30/2008, volviendo a nombrarse nuevamente primero al Magistrado, Real Decreto 211/2008, que a la Magistrada, Real Decreto 212/2008.

<sup>36</sup> En los años 2003 y 2007 se nombraron 7 y 2 hombres, respectivamente, y ninguna mujer. En los restantes años ocurrió lo siguiente: 2002, 3 hombres (75%) y 1 mujer (25%); 2004, 4 hombres (66'6%) y 2 mujeres (33'3%); 2005, 6 hombres (85'7%) y 1 mujer (14'3%); 2006 y 2008, 6 hombres (75%) y 2 mujeres (25%); 2009, 4 hombres (57'1%) y 3 mujeres (42'9%); 2010, 4 hombres (80%) y 1 mujer (20%). Debe recordarse aquí lo que se ha indicado en la nota anterior: ahora se han tenido en cuenta realmente los Reales Decretos de nombramiento, pues si se contasen sólo los que se refieren a personas distintas variarían los años 2006, 2008 y 2010.

<sup>37</sup> En los datos desagregados publicados por la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial, actualizados a un momento anterior que el del texto, se usa además un criterio diferente, ya que se incluyen a quienes se encuentran en servicios especiales y se excluyen a los Magistrados eméritos (8) y suplentes (1): por eso, aparecen 72 hombres (87'8%) y 10 mujeres (12'2%).

## DOCTRINA

cúspide de la jurisdicción penal, que es –por otra parte– la segunda más numerosa del Tribunal Supremo y, sin embargo, la Sala en que hay más Magistradas es la dedicada a la jurisdicción social, la Sala Cuarta<sup>38</sup>. En concreto, en la Sala Primera hay 8 hombres y 1 mujer (88'9% y 11'1% respectivamente)<sup>39</sup>; en la Sala Segunda, 20 hombres y ninguna mujer (100% de Magistrados)<sup>40</sup>; en la Sala Tercera, que está dividida en 8 Secciones, ninguna mujer preside alguna Sección y, en total, hay 33 Magistrados y 3 Magistradas (91'7% y 8'3%)<sup>41</sup>; la Sala Cuarta está integrada por 14 Magistrados y 4 Magistradas (77'8% y 22'2%)<sup>42</sup> y, finalmente, en la Sala Quinta, hay 6 hombres y 1 mujer (85'7% y 14'3%)<sup>43</sup>. Con estos datos, se ve que la elevada proporción de hombres sobre mujeres existente sobre el total del Tribunal Supremo es superada, además, en 2 de las 5 Salas que lo componen.

Estos datos se deben completar con algunos otros, derivados de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En primer lugar, tanto el Presidente de la Audiencia Nacional, como el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, tienen la consideración de Presidente de Sala del Tribunal Supremo, con lo cual serían ya 8 los hombres que ocupan puestos de esa consideración, mientras ninguna mujer lo hace<sup>44</sup>. En segundo lugar, quienes presidan los Tribunales Superiores de Justicia tienen consideración de Magistrados del Tribunal Supremo mientras desempeñen el cargo, lo que obligaría a tener en cuenta que hay 16 hombres y 1 mujer presidiendo estos órganos, como se verá posteriormente<sup>45</sup>. En este punto, hay que indicar que los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas tienen “la categoría equiparada a la de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia”, con lo que habría que sumar 14 hombres y 2 mujeres<sup>46</sup>. En tercer lugar, la Jefatura del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial puede ser ocupada, según expresa la citada Ley Orgánica, “por un Magistrado del Tribunal Supremo” o “por un Magistrado con diez años de servicios en la categoría”, quien “mientras desempeñe el cargo, tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal Supremo”<sup>47</sup>: en este momento, es Jefa del citado Servicio una Magistrada proveniente de un Tribunal Superior de Justicia<sup>48</sup>. Por último, también los Fiscales Jefe de Sala del Tribunal Supremo están equiparados a Magistrados del citado Tribunal<sup>49</sup>: la determinación de este dato no resulta tarea fácil ante la falta de información precisa en la página web del Ministerio Fiscal, pero dado que la última plantilla de este órgano, aprobada ya en el segundo semestre de este año 2010, indica que hay 8 Fiscales de Sala y que entre 2006 y 2010 se han nombrado 8 Fiscales Jefe de Sala de la Fiscalía del Tribunal Supremo, se puede mantener ese número, que estaría integrado por 2 mujeres y 6 hombres<sup>50</sup>.

<sup>38</sup> Esta composición es la correspondiente a julio de 2010 y se obtiene del Acuerdo de 16 de febrero de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de sus Salas y Secciones y asignación de ponencias que deban turnar los Magistrados en el año 2010 (BOE núm. 52, de 1 de marzo, con corrección de errores en BOE núm. 70, de 22 de marzo) y del Acuerdo de 27 de julio de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo adoptado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre la composición y funcionamiento de sus secciones de la Sala Tercera en el año 2010 (BOE núm. 192, de 9 de agosto). En la primera resolución citada se indica que en la Sala Quinta hay una vacante causada por fallecimiento de un Magistrado (cfr. p. 19643 del BOE). Si se tiene en cuenta a la Magistrada que se encuentra en servicios especiales, también en la Sala Tercera hay 4 mujeres.

<sup>39</sup> En los datos desagregados antes mencionados, aparece en esta Sala la misma composición.

<sup>40</sup> En los datos desagregados antes mencionados, aparece esta Sala con 15 hombres y ninguna mujer, por lo que la proporción no varía.

<sup>41</sup> Esta Sala está compuesta por 8 Secciones: la Primera, presidida por el Presidente de la Sala, la integran junto a él todos los Presidentes de Sección; la Segunda, a su vez, está dividida en dos Subsecciones, presidiendo las dos el Presidente de la Sección y, la 1ª está formada por otros 4 Magistrados y la 2ª por 5; la Tercera, la forman 4 Magistrados y 1 Magistrada; la Cuarta, 5 Magistrados y 1 Magistrada; la Quinta, 4 Magistrados y 1 Magistrada; la Sexta, 5 Magistrados; la Séptima, 4 Magistrados; la Octava, el Presidente de la Sala y 3 Magistrados de la Sección Séptima (cfr. Acuerdo de 16 de febrero de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de sus Salas y Secciones y asignación de ponencias que deban turnar los Magistrados en el año 2010 (BOE núm. 52, de 1 de marzo, con corrección de errores en BOE núm. 70, de 22 de marzo) y del Acuerdo de 27 de julio de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo adoptado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre la composición y funcionamiento de sus secciones de la Sala Tercera en el año 2010 (BOE núm. 192, de 9 de agosto). En los datos desagregados antes mencionados, aparece esta Sala con 30 hombres y 4 mujeres, proporcionalmente 88'2% y 11'8%.

<sup>42</sup> En los datos desagregados antes mencionados, una vez actualizados, aparecería esta Sala con 9 hombres y 4 mujeres, lo que significa en términos proporcionales 69'2% y 30'7%.

<sup>43</sup> En los datos desagregados antes mencionados, aparece en esta Sala la misma composición.

<sup>44</sup> Contienen esa previsión los artículos 63.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 34 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Además, el actual Presidente de la Audiencia Nacional es un Magistrado que proviene de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, debiendo ser contabilizado al término de su mandato nuevamente en este órgano [vid. Real Decreto 628/2009, de 14 de abril (BOE núm. 99, de 23 de abril)].

<sup>45</sup> Cfr. artículo 72.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Presidencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña está ocupada por una mujer desde que fue nombrada por Real Decreto 1825/2004, de 30 de julio (BOE núm. 219, de 10 de septiembre): la plaza se ha resuelto por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el día 28 de octubre de 2010 eligiendo a un hombre para presidir ese TSJ, pero en esa reunión otra mujer ha sido elegida para presidir el TSJ de la Comunidad Valenciana. El detalle de estas designaciones se trata más adelante en este trabajo.

<sup>46</sup> Como literalmente establece el artículo 35.Dos del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Para la determinación de ese número, cfr. *infra* el análisis de la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas.

<sup>47</sup> El artículo 335.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que “la plaza de Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial se proveerá por un Magistrado del Tribunal Supremo con una antigüedad en la categoría de dos años o por un Magistrado con diez años de servicios en la categoría. En este último caso, mientras desempeñe el cargo, tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal Supremo”.

<sup>48</sup> Nombrada por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 12 de noviembre de 2008 (BOE núm. 283, de 24 de noviembre), quien sustituyó a un hombre en ese cargo [Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 19 de noviembre de 2003 (BOE núm. 280, de 22 de noviembre)].

<sup>49</sup> Cfr. artículo 34 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>50</sup> La última plantilla del Ministerio Fiscal es la que figura como Anexo al Real Decreto 859/2010, de 2 de julio, por el que se determina el número máximo de fiscales decanos de secciones especializadas, según dispone el apartado 3 de su artículo único (BOE núm. 182, de 28 de julio) y los 8 nombramientos se han localizado a través del Buscador del Boletín Oficial del Estado.

## DOCTRINA

Teniendo en cuenta todos estos elementos, se obtendrían 120 hombres con categoría o consideración de Magistrados del Tribunal Supremo y 15 mujeres con las de Magistradas del Tribunal Supremo, lo que, en términos relativos, disminuiría levemente la presencia de hombres al 88'9% e incrementaría la de mujeres al 11'1%, en relación a los datos antes mencionados.

Además es importante, desde el punto de vista del cuidado del lenguaje, examinar las fórmulas empleadas en los correspondientes Reales Decretos de nombramiento de las nueve Magistradas del Tribunal Supremo. Los que utilizan la expresión “por el que se promueve a la categoría de Magistrada del Tribunal Supremo” son 5, emanados a partir de mayo de 2008, mientras otros 6 anteriores –incluyendo uno de febrero de ese mismo 2008, posterior, por tanto, a la Ley Orgánica 3/2007-, emplean la fórmula en masculino, aunque a través de ellos se nombra a una mujer<sup>51</sup>. En segundo lugar, sólo uno, dictado en el año 2005, tiene en su título la expresión “por el que se nombra Magistrada” de la Sala correspondiente<sup>52</sup>. Hay aquí un aspecto que merece ser destacado y que surge al analizar el uso del lenguaje para los nombramientos de mujeres en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia: así como se ha usado la misma fórmula que en el Tribunal Supremo para las Magistradas hasta 2009 –es decir, “se nombra Magistrado de la Sala”-, sí se ha cuidado en el caso de nombramientos para las puestos de Presidencia, bien del propio Tribunal Superior, bien de Salas de los mismos: en los realizados entre 2005 y 2009, se ha usado la palabra Presidenta<sup>53</sup>.

#### d) Audiencia Nacional

En la Audiencia Nacional resulta llamativa la ausencia de mujeres en alguno de los cargos rectores de la misma, ahora y en el pasado.

Su Presidente es un hombre que ha sustituido a otro que, a su vez, lo presidía desde 2001<sup>54</sup> y no ha sido presidida por ninguna mujer desde su creación hasta la actualidad, mientras ha habido seis hombres como Presidentes<sup>55</sup>.

Igualmente son hombres quienes ocupan la Presidencia de tres de las cuatro Salas que integran dicho tribunal –de lo Penal<sup>56</sup>, de lo Contencioso-Administrativo<sup>57</sup> y de lo Social<sup>58</sup>-, mientras que la Sala de Apelación está creada pero aún no ha entrado en funcionamiento y, por ello, ninguna persona ha sido designada para presidirla<sup>59</sup>.

#### e) Tribunales Superiores de Justicia

Corresponde tratar la Presidencia de los Tribunales Superiores de Justicia, que son 17. Hasta el día 28 de octubre de 2010, sólo el de Cataluña está presidido por una mujer que accedió al cargo en el año 2004, siendo la primera vez que una mujer fue nombrada Presidenta de uno de estos órganos: es importante indicar que la disposición de nombramiento recogía adecuadamente el género femenino al denominar el cargo, lo que no era usual en esos momentos, como se ha visto anteriormente respecto a las Magistradas del Tribunal Supremo<sup>60</sup>. Se debe tener en cuenta que entre los 6 Tribunales Superiores de Justicia cuya Presidencia estaba pendiente de renovación en el

<sup>51</sup> La suma de estos números no corresponde con el número de Magistradas del Tribunal Supremo, lo que es debido a que hay 3 Reales Decretos que se refieren a la misma Magistrada: son los Reales Decretos 1264/2006, de 27 de octubre, 212/2008, de 8 de febrero, y 95/2010, de 3 de febrero, relativos a doña Rosa María Virolés Piñol.

<sup>52</sup> Es el Real Decreto 581/2005, de 13 de mayo (BOE núm. 134, de 6 de junio) por el que se nombra Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo a doña Encarnación Roca Trias. Sorprende relativamente porque, con anterioridad, se había dictado el Real Decreto 2316/2004, de 10 de diciembre, por el que se nombraba en propiedad Magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a doña Margarita Robles Fernández, pero el acceso al Tribunal Supremo de esta Magistrada se había realizado con la fórmula “se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo” (Real Decreto, 1765/2004, de 27 de julio). Son 15 los Reales Decretos que usan la expresión “por el que se nombra Magistrado” de la Sala pertinente, cuando se ha nombrado a hombres.

<sup>53</sup> Vid. Reales Decretos 1825/2004, de 30 de julio (BOE núm. 219, de 10 de septiembre), 334/2005, de 18 de marzo (BOE núm. 87, de 12 de abril), 1621/2006, de 22 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2007) y 805/2007, de 15 de junio (BOE núm. 165, de 11 de julio).

<sup>54</sup> Vid. Reales Decretos 628/2009, de 14 de abril (BOE núm. 99, de 23 de abril), 1620/2006, de 22 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2007) y 1410/2001, de 13 de diciembre (BOE núm. 302, de 18 de diciembre).

<sup>55</sup> Entre 1986 y la actualidad se ha nombrado Presidente en 8 ocasiones, aunque dos de los Presidentes lo han sido por dos períodos cada uno: Reales Decretos 55/1986, de 9 de enero; 2445/1986, de 19 de noviembre; 907/1991, de 12 de junio; 1271/1992, de 16 de octubre; 2304/1996, de 25 de octubre; 1410/2001, de 13 de diciembre; 1620/2006, de 22 de diciembre y 628/2009, de 14 de abril. Además, uno de los Presidentes posteriores a 1986 también lo había sido con anterioridad desde la creación de la Audiencia Nacional.

<sup>56</sup> En la Sala de lo Penal, por diversas vicisitudes, el actual Presidente ha debido ser nombrado en tres ocasiones (Reales Decretos 1826/2004, de 30 de julio; 842/2006, de 7 de julio y 83/2007, de 19 de enero). Desde 1986 otros dos hombres habían presidido esa Sala, uno de 1991 a 2004 puesto que su nombramiento fue renovado (Reales Decretos 522/1991, de 10 de abril y 1311/1999, de 23 de julio) y el nombrado por Real Decreto 531/1986, de 6 de marzo, también había sustituido a otro Magistrado.

<sup>57</sup> Para los 6 Presidentes de esta Sala, cfr. Reales Decretos 512/1990, de 18 de abril; 294/1998, de 26 de febrero; 1505/2000, de 4 de agosto; 1220/2005, de 10 de octubre; 856/2010, de 25 de junio.

<sup>58</sup> Por primera vez esa Presidencia fue cubierta a través del Real Decreto 549/1989, de 19 de mayo y su titular lo fue por espacio de diez años. Posteriormente, ha habido otros 3 Presidentes (vid. Reales Decretos 1106/1999, de 18 de junio; 530/2004, de 1 de abril y 165/2009, de 13 de febrero).

<sup>59</sup> Incorpora esta Sala al artículo 64.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la modificación realizada en ese precepto por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

<sup>60</sup> Cfr. Real Decreto 1825/2004, de 30 de julio (BOE núm. 219, de 10 de septiembre).

## DOCTRINA

verano de este año 2010, estaba precisamente ése: la decisión del Consejo General del Poder Judicial, adoptada a final de octubre, ha sido la de elegir a un Magistrado para presidirlo frente a la mujer que lo había presidido esos cinco años anteriores, mientras en otros tres Tribunales ha reelegido a sus titulares varones, eligiendo –sin embargo– a otra mujer para que presida el de la Comunidad Valenciana, aunque en éste caso y en el de Andalucía los anteriores Presidentes no figuraban en la terna sobre la que el Consejo se ha pronunciado<sup>61</sup>. En definitiva, seguirá habiendo 1 mujer y 16 hombres como Presidentes de estos órganos, 5'9% y 94'1% respectivamente.

En el caso de estos Tribunales Superiores de Justicia también resulta interesante atender a la presencia de hombres y mujeres en la Presidencia de las diversas Salas que los componen, que habitualmente son tres, dado que dichos datos se recogen en los informes de la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial sobre “Cargos discrecionales en la Carrera Judicial desagregados por género”, hechos públicos este año 2010<sup>62</sup>. En el informe de junio el número total, sin desagregar por órdenes jurisdiccionales, es de 51 hombres y 6 mujeres presidiendo algunas de esas Salas, lo que constituye una distribución de 89'5% de hombres y 10'5% de mujeres. Si se atiende a los órdenes jurisdiccionales, debe indicarse –en primer lugar– que la mayor desproporción existe en las Presidencias de Salas de lo Civil y Penal de estos Tribunales, ya que las desempeña quien preside el propio Tribunal Superior de Justicia, procediendo remitirse en este punto al análisis efectuado anteriormente. En los otros dos órdenes jurisdiccionales existentes, y a salvo de las vacantes existentes, siendo muy baja la presencia de mujeres en general, hay mayor número de ellas en las Presidencias de Salas de lo Social (3, 14'3%), que en las de lo Contencioso-Administrativo (2, 10'5%)<sup>63</sup>.

Para analizar el de octubre, en este trabajo se tienen ya en cuenta las designaciones para la Presidencias de los TSJ mencionadas anteriormente a finales de ese mes. Según esto, sin desagregar por órdenes jurisdiccionales, hay 53 hombres (91'4%) y 5 mujeres (8'6%), disminuyendo la presencia de mujeres respecto al informe anterior. La situación en las Presidencias de las Salas de lo Civil y Penal se mantiene igual (1 mujer y 16 hombres); las Salas de lo Social siguen teniendo a 3 mujeres en la Presidencia (15%) y las de lo Contencioso-Administrativo tiene ahora sólo a una (4'8%)<sup>64</sup>: es decir, se incrementa el porcentaje, que no el número, en las Salas de lo Social por la vacante producida, mientras en las de lo Contencioso-Administrativo se incrementa el desequilibrio, puesto que se han provisto tres a favor de varones y una mujer ha dejado de presidir una Sala.

#### f) Audiencias Provinciales

Un más elevado número de mujeres se da en la Presidencia de las Audiencias Provinciales, 12, aunque sigue siendo menos de la tercera parte del total de hombres que presiden dichos órganos<sup>65</sup>. En el mes de octubre sigue manteniéndose esos mismos datos.

#### g) Ministerio Fiscal

En este apartado deben tratarse los distintos órganos que forman parte del Ministerio Fiscal y, para ello, se seguirá lo que se dispone en su Estatuto Orgánico.

#### *Fiscalía General del Estado*

El Gobierno formado en el año 2004 acordó en una de sus primeras decisiones proceder al nombramiento de la persona titular de la Fiscalía General del Estado: se nombró a un hombre, sustituyendo a otro<sup>66</sup>. El citado Fiscal General del Estado vio renovado su nombramiento tras cumplirse el plazo para el que fue nombrado<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> En el caso de Andalucía por jubilación. De acuerdo con la información facilitada por el Consejo General del Poder Judicial a través de su página web, el nuevo Presidente del TSJ de Cataluña –que presidía una Audiencia Provincial en ese territorio– ha obtenido 13 votos, mientras la Presidenta que optaba a la reelección ha recibido 7. Los tres Presidentes reelegidos lo han sido con 17 votos dos de ellos (Canarias y Castilla La Mancha) y 20 el tercero (Castilla León). Una mujer ha recibido un voto en la opción a la presidencia de este último Tribunal. La elegida para presidir el TSJ de la Comunidad Valenciana lo ha sido en segunda votación, con 14 votos, imponiéndose a dos hombres que formaban parte de la terna. Finalmente, para la presidencia del TSJ de Andalucía, tres hombres formaban la terna y el elegido lo ha sido en primera votación, con 14 votos. Esto supone que de las 12 personas que han recibido algún voto en la reunión del Pleno del Consejo de ese día, sólo 3 eran mujeres (25%).

<sup>62</sup> Se encuentra disponible en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpp/cgpp/principal.htm>: el último está actualizado al día 19 de octubre de 2010 y hubo uno anterior de 16 de junio de 2010. Incluye a quienes se encuentran en servicios especiales y excluye a quienes sean Eméritos.

<sup>63</sup> Presiden Salas de lo Social 18 hombres (85'7%) y de lo Contencioso-Administrativo 17 (89'5%).

<sup>64</sup> Presiden ahora Salas de lo Social 17 hombres (85%) y de lo Contencioso-Administrativo 20 (95'2%).

<sup>65</sup> Según los datos del informe de junio, hay 39 hombres, 76'5%, y 12 mujeres, 23'5%.

<sup>66</sup> El nombramiento de este cargo, según lo previsto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se hace oído el Consejo General del Poder Judicial a propuesta del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros, mientras el cese se efectúa a propuesta del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros: vid. Reales Decretos 745 y 756/2004, de 23 de abril para el cese y nombramiento mencionados (BOE núm. 100, de 24 de abril).

<sup>67</sup> Tras cesar mediante Real Decreto 439/2008, de 14 de abril (BOE núm. 91, de 15 de abril), fue nombrado oído el Consejo General del Poder Judicial, previa comparecencia ante el Congreso de los Diputados, a propuesta del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros (cfr. Real Decreto 750/2008, de 9 de mayo, publicado en BOE núm. 114, de 10 de mayo).

## DOCTRINA

Según lo previsto legalmente, la Fiscalía General del Estado se integra por la Inspección Fiscal, la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo, y los Fiscales de Sala que se determinen en plantilla<sup>68</sup>. Por ello es procedente averiguar su composición, encontrando que, al frente de los tres primeros órganos, se encuentran –con la categoría de Fiscal de Sala- 2 hombres y 1 mujer<sup>69</sup>, mientras Fiscales de Sala Especialistas son 6, de los cuales 4 son hombres y 2 mujeres<sup>70</sup>. El total de las personas responsables de estos puestos es 6 hombres y 3 mujeres, es decir, el doble número de hombres que de mujeres.

*Consejo Fiscal*

El Consejo Fiscal está constituido por 12 miembros, 3 de los cuales son natos y los otros 9 son Fiscales pertenecientes a cualquiera de las categorías y elegidos por los miembros del Ministerio Fiscal en servicio activo<sup>71</sup>. En la actualidad los 3 Vocales natos –Fiscal General del Estado, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector Jefe- son hombres y los 9 electos son 4 hombres y 5 mujeres, respectivamente 44'4% y 55'5% de este tipo de miembros<sup>72</sup>. La mayor presencia de mujeres entre quienes son elegidos se pierde al componerse el Pleno de este órgano también con los Vocales natos, quedando 7 hombres y 5 mujeres, es decir, 58'3% y 41'7% respectivamente. En este punto hay que recordar, que los Vocales natos son nombrados discrecionalmente por el Gobierno.

Este órgano también puede funcionar en Comisión Permanente y en esta el desequilibrio entre hombres y mujeres se incrementa notablemente, pues la constituyen los 3 miembros natos y otros 3 de los elegidos, siendo en la actualidad estos 2 hombres y 1 mujer, con lo que la Comisión Permanente está integrada por 5 hombres y 1 mujer, lo que supone en otros términos 83'3% y 16'7%. Llama la atención que siendo mayor el número de mujeres entre los miembros elegidos, sin embargo, sean menos las de este grupo que concurren a la formación de la Comisión Permanente: dos de los cuatro varones que son miembros electos del Consejo Fiscal ocupan puestos en la citada Comisión, mientras sólo una de las 5 mujeres lo hace.

Finalmente se puede destacar la composición de otras Comisiones del Consejo Fiscal, como la de Igualdad, compuesta por 2 mujeres y 1 hombre, que es quien la preside, o la de Formación, integrada por un hombre como Vocal.

*Junta de Fiscales de Sala*

Corresponde analizar la Junta de Fiscales de Sala, órgano que, de acuerdo con los datos publicados en la página web del Ministerio Fiscal, se compone en la actualidad por 27 miembros, de los que 21 son hombres (77'8%) y 6 mujeres (22'2%)<sup>73</sup>.

*Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas*

La Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, cuya regulación se establece en el artículo 16 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>74</sup>, se encuentra formada –según lo publicado en la página web del Ministerio Fiscal- por 16 hombres y 4 mujeres lo que, en términos relativos, supone una presencia de hombres del 80% y de mujeres del 20%. Como en España existen 17 Comunidades Autónomas interesa desglosar este dato para saber cuántos de los Fiscales Superiores de las mismas son hombres y mujeres: el resultado es 14 y 3,

<sup>68</sup> Vid. artículo 13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. La última plantilla del Ministerio Fiscal es la que figura como Anexo al Real Decreto 859/2010, de 2 de julio, por el que se determina el número máximo de fiscales decanos de secciones especializadas, según dispone el apartado 3 de su artículo único (BOE núm. 182, de 28 de julio): los nombres de los diversos puestos en que se organiza el Ministerio Fiscal que aparece a partir de este punto, son los recogidos en ese Anexo.

<sup>69</sup> Son hombres el Fiscal Jefe Inspector y el Fiscal Jefe de la Unidad de Apoyo y mujer la Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica. Sin embargo, en los segundos puestos sólo hay hombres: el Teniente Fiscal Inspector y el Teniente Fiscal de la Secretaría Técnica ([http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967449&language=es&pagename=PFiscal%2FPPage%2FFGE\\_contenidoFinal](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967449&language=es&pagename=PFiscal%2FPPage%2FFGE_contenidoFinal)).

<sup>70</sup> Son hombres los Fiscales de Sala Especialistas contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, de Siniestralidad Laboral, de Seguridad Vial y de Extranjería, y mujeres las Fiscales de Sala Especialistas contra la Violencia sobre la Mujer y la de Menores.

<sup>71</sup> Vid. artículo 14 uno del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>72</sup> Las elecciones para renovar los Vocales electos se celebraron el día 17 de diciembre de 2009.

<sup>73</sup> Según el artículo 15 del Estatuto Orgánico está constituida, bajo la presidencia del Fiscal General del Estado, por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y los Fiscales de Sala. La composición que se puede descargar de la página

([http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967459&language=es&pagename=PFiscal%2FPPage%2FFGE\\_contenidoFinal](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967459&language=es&pagename=PFiscal%2FPPage%2FFGE_contenidoFinal)) no está actualizada porque, al menos, en enero de 2010 se produjo el nombramiento de un nuevo Fiscal Togado-Fiscal Jefe de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que no aparece en ese listado (para el nombramiento, vid. Real Decreto 52/2010, de 22 de enero, publicado en BOE núm. 20, de 23 de enero). En el texto del apartado de la página denominado "Fiscalía Jurídico Militar" sí aparece el nombrado en enero de 2010.

<sup>74</sup> "Presidida por el Fiscal General del Estado, estará integrada por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, por dichos Fiscales Superiores, y por el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica, que actuará como Secretario".

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

respectivamente, es decir, 82'4% y 17'6%<sup>75</sup>. En realidad, dado que a finales de octubre el Consejo de Ministros ha nombrado para una de esas Fiscalías Superiores a un hombre, hasta ese momento al frente de otra, hay ya sólo 2 mujeres al frente de una de estos órganos, permaneciendo una vacante: los datos son, por tanto, 14 hombres y 2 mujeres, esto es, 87'5% y 12'5%<sup>76</sup>.

Ajustando la composición de la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas a estas precisiones, el resultado, a la espera de que se cubra la vacante que se acaba de producir, es de 16 hombres y 3 mujeres, en otros términos 84'2% y 15'8%.

### Otros órganos del Ministerio Fiscal

De los otros órganos del Ministerio Fiscal regulados en su Estatuto Orgánico se pueden destacar varios aspectos. En primer lugar, por su especial posición en el Ministerio Fiscal, conviene tratar en este momento la figura del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo que, además de dirigir por delegación del Fiscal General del Estado la Fiscalía ante dicho Tribunal, es quien sustituye al Fiscal General en caso de ausencia, imposibilidad y vacante, así como es miembro nato de los órganos ya mencionados como el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala y la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas. En ese sentido, conviene retener que es un hombre.

En segundo lugar, entre las otras cuatro Fiscalías mencionadas en el artículo 12.1 del Estatuto Orgánico y aún no analizadas -ante el Tribunal Constitucional, de la Audiencia Nacional, del Tribunal de Cuentas y la Jurídico Militar- encontramos que a su frente se encuentran 3 hombres y 1 mujer, además de que los puestos de Teniente Fiscal de dichas Fiscalías, están ocupados por 3 hombres<sup>77</sup>.

Las Fiscalías Especiales existentes -Antidroga y Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada- también tienen a su frente a un hombre, aunque en la segunda de ellas una mujer es la Teniente Fiscal.

### h) Dirección del Servicio Jurídico del Estado

También en el año 2004, por el Gobierno surgido tras la renovación del Congreso de los Diputados, un hombre es nombrado Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, igualmente sustituyendo a otro: igualmente, la misma persona continúa desempeñando ese cargo<sup>78</sup>.

### i) Consejo de Estado

El Gobierno formado en el año 2004 acordó en una de sus primeras decisiones sustituir al hasta entonces Presidente del Consejo de Estado por otro hombre, que es el jurista que sigue desempeñando ese cargo en la actualidad<sup>79</sup>.

En el período de tiempo transcurrido se han producido diversos nombramientos para formar parte de este órgano consultivo del Gobierno de la nación, resultando apropiado analizar cómo se ha producido la provisión de esos cargos. En primer lugar, en el año 2004 se produce el nombramiento de un hombre y de una mujer como Consejeros electivos que, a la expiración de su mandato, son sustituidos de igual manera<sup>80</sup>. Posteriormente, en el año 2006, tiene lugar un triple nombramiento para este órgano, nombrándose un hombre como Consejero permanente y un hombre y una mujer, como en el caso anterior, electivos<sup>81</sup>. A continuación procede tener en cuenta los ceses y nombramientos de Consejeros electivos por expiración del mandato, circunstancia acaecida en el año 2008: cesaron cinco Consejeros y se nombraron dos hombres y dos mujeres para sustituirlos, recayendo posteriormente

<sup>75</sup> Según lo publicado, son mujeres las Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas de Cantabria, Cataluña y País Vasco.

<sup>76</sup> Se ha nombrado Fiscal Superior de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco al que ocupaba ese mismo cargo en la Comunidad Autónoma de La Rioja y sustituye a la Fiscal que ocupaba ese puesto desde el año 2000 y había sido nombrada nuevamente en 2005. Sí resulta llamativo, además, porque para la Fiscalía Superior de La Rioja había sido nombrado en 2009.

<sup>77</sup> En el caso de la Fiscalía Jurídico Militar, son hombres el Fiscal Togado Jefe de la Sala Quinta, el Fiscal de Sala y el General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar ([http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1247137809831&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_contenidoFinal](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1247137809831&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_contenidoFinal)). Para la existencia y funciones de estos, vid. artículo 18.2 del Estatuto Orgánico.

<sup>78</sup> El nombramiento y cese de este cargo se realiza a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros: vid. Reales Decretos 776 y 780/2004, de 23 de abril para el cese y nombramiento mencionados (BOE núm. 100, de 24 de abril).

<sup>79</sup> El nombramiento y cese, según lo previsto en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se realiza a propuesta del Presidente del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros: vid. Reales Decretos 563 y 572/2004, de 19 de abril, para el cese y nombramiento mencionados (BOE núm. 96, de 20 de abril).

<sup>80</sup> Los nombramientos de Consejeros electivos, según lo previsto en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se realizan a propuesta del Presidente del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros: cfr. Reales Decretos 2199 y 2200/2004, de 25 de noviembre (BOE núm. 285, de 26 de noviembre). El Consejero electivo nombrado en 2004 es sustituido por otro y se vuelve a nombrar a la misma Consejera electiva en el año 2006 (vid. Reales Decretos 2010, 2011 y 2012/2009, de 23 de diciembre, para el cese y nombramiento mencionados, publicados en BOE núm. 309, de 24 de diciembre).

<sup>81</sup> Todos estos nombramientos, según lo previsto en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se realizan a propuesta del Presidente del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros: cfr. Reales Decretos 780, 781 y 782/2006, de 23 de junio, respectivamente (BOE núm. 150, de 24 de junio).

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

el nombramiento del quinto miembro sobre otro hombre<sup>82</sup>. A mitad del año 2009 se produce la renuncia de un Consejero permanente y el nombramiento de dos hombres como tales miembros del Consejo de Estado<sup>83</sup>. Finalmente, en el año 2010, se han producido el cese por renuncia de un Consejero permanente, el nombramiento de una Consejera electiva, el nombramiento, muy recientemente, de la primera mujer como Consejera permanente y Presidenta de una Sección, así como el nombramiento de la Secretaria General del Consejo de Estado<sup>84</sup>. Se muestra con estos datos que, desde 2004, el nombramiento de Consejeros electivos de Estado se ha hecho en el mismo número entre hombres y mujeres –siete cada uno-, lo que, sin embargo, no ha ocurrido en el caso de los Consejeros permanentes del citado órgano, ya que han sido nombrados tres hombres y una mujer como tales, debiendo hacerse notar que los cuatro han sido nombrados para presidir una Sección del citado órgano y que la mujer ha sido nombrada en octubre de 2010<sup>85</sup>.

Puede interesar describir cómo es la composición del Consejo en cuanto a hombres y mujeres. Lo integran en total 28 miembros, 22 hombres (78'6%) y 6 mujeres (21'4%), existiendo sólo una Consejera permanente de un total de 8 de este tipo, es decir, 12'5% y 87'5%; una Consejera nata y 10 Consejeros natos, esto es, 9'1% y 90'9%; dándose únicamente una composición equilibrada en cuanto a Consejeros electivos (4 hombres y 4 mujeres)<sup>86</sup>.

#### j) Defensor del Pueblo

La institución del Defensor del Pueblo, recogida en el artículo 54 de la Constitución, posee también una innegable dimensión jurídica, tanto por el contenido de sus funciones, como por algunos modos de llevarlas a la práctica. Por eso, conviene detenerse en la misma dentro del presente trabajo. En ese sentido cabe indicar que en el año 2005 fue nombrado un hombre para dicho cargo, tratándose de la misma persona que lo había desempeñado, por un período de cinco años, entre 2000 y 2005<sup>87</sup>.

Como en el momento en que se escriben estas líneas, el cargo se encuentra vacante por expiración del plazo de nombramiento, esta situación hace más conveniente detenerse en los Adjuntos porque, de acuerdo con la normativa reguladora de esta institución, declarada la vacante por la Presidencia del Congreso de los Diputados, mientras no procedan las Cortes Generales a la designación de una nueva persona al frente de esta institución, desempeñarán sus funciones –interinamente y en su propio orden- los Adjuntos al Defensor del Pueblo<sup>88</sup>: en este punto hay que indicar que, desde el año 2000, una mujer ocupa el cargo de Adjunta Primera y un hombre el de Adjunto Segundo del Defensor del Pueblo, por lo que en la actualidad -desde el día 1 de julio de 2010- es la Adjunta Primera quien desempeña interinamente las citadas funciones<sup>89</sup>.

#### k) Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas está integrado por 12 miembros, designados 6 por el Congreso de los Diputados y 6 por el Senado. En la actualidad forman parte de este órgano, desde el año 2001, 11 Consejeros de Cuentas y 1 Consejera de Cuentas, designada esta por el Congreso<sup>90</sup>. Durante este período dos de los Consejeros han sido elegidos para ocupar la Presidencia por los integrantes del Tribunal en Pleno, de conformidad con las previsiones de la ley correspondiente, habiendo sido uno de ellos elegido en dos ocasiones<sup>91</sup>. Por último, es intere-

<sup>82</sup> El nombramiento y cese de Consejero electivo de Estado, según lo previsto en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se realiza a propuesta del Presidente del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros: vid. Reales Decretos 68, 69, 70, 71 y 72/2008, de 25 de enero, para los ceses y nombramientos indicados (BOE núm. 26, de 30 de enero), así como el Real Decreto 1306/2009, de 31 de julio (BOE núm. 185, de 1 de agosto) para el citado quinto nombramiento.

<sup>83</sup> Cfr. Reales Decretos 903, 904 y 905/2009, de 22 de mayo, para el cese y nombramientos mencionados (BOE núm. 133, de 2 de junio).

<sup>84</sup> Cfr. Reales Decretos 905/2010, de 9 de julio (BOE núm. 187, de 3 de agosto) para el cese del Consejero permanente y Presidente de la Sección Séptima; 922/2010, de 16 de julio (BOE núm. 173, de 17 de julio), para el nombramiento de la Consejera electiva y 1367/2010, de 29 de octubre (BOE núm. 265, de 2 de noviembre), para el nombramiento de Consejera permanente de Estado y Presidenta de la Sección Séptima del Consejo de Estado. Respecto al nombramiento de la Secretaria General del mencionado órgano, debe recordarse que –a diferencia de los Consejeros- este nombramiento se efectuó, según el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, a propuesta de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, de conformidad con lo acordado por el Pleno del Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, realizada en su reunión del día 25 de junio de 2010 (Real Decreto 833/2010, de 25 de junio, BOE núm. 155, de 26 de junio).

<sup>85</sup> Como se expresa en los Reales Decretos 780/2006, de 23 de junio (BOE núm. 150, de 24 de junio), 904 y 905/2009, de 22 de mayo (BOE núm. 133, de 2 de junio).

<sup>86</sup> Así se desprende de la lectura de la página web <http://www.consejo-estado.es/directorio.htm> y los nombramientos efectuados en este año 2010.

<sup>87</sup> El nombramiento para este cargo, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, es realizado conjuntamente por el Congreso de los Diputados y el Senado, acreditado por quienes presidan las citadas cámaras: para los señalados en el texto, vid. Nombramientos de 14 de junio de 2000 (consultado en BOE núm. 143, de 15 de junio) y de 29 de junio de 2005 (consultado en BOE núm. 155, de 30 de junio).

<sup>88</sup> Cfr. Resolución de 30 de junio de 2010 de la Presidencia del Congreso de los Diputados (consultada en BOE núm. 160, de 2 de julio).

<sup>89</sup> Cfr. Resoluciones del Defensor del Pueblo de 6 de junio de 2005 (consultada en BOE núm. 161, de 7 de julio) y de 21 de junio de 2000 (consultada en BOE núm. 150, de 23 de junio). Vid también [http://www.defensordelpueblo.es/herramientas/admin\\_noticias/uploads/Cava%20de%20Llano%20mail.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/herramientas/admin_noticias/uploads/Cava%20de%20Llano%20mail.pdf).

<sup>90</sup> Vid. Acuerdos del Pleno del Congreso de los Diputados de 30 de octubre y del Pleno del Senado de 6 de noviembre publicados en BOE núm. 267, de 7 de noviembre.

<sup>91</sup> El artículo 29 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, establece que a propuesta del mismo Tribunal en Pleno, Cfr. Reales Decretos 1247/2001, de 14 de noviembre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre); 2215/2004, de 25 de noviembre (BOE 285, de 26 de noviembre) y 1539/2007, de 23 de noviembre (BOE núm. 283, de 26 de noviembre).

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

sante añadir que del Pleno del Tribunal de Cuentas también forma parte el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, que es nombrado por el Gobierno: en este período han ocupado este puesto 3 hombres, nombrados por dos gobiernos provenientes de diferentes fuerzas políticas<sup>92</sup>.

Aunque el mandato del actual Tribunal de Cuentas haya comenzado en 2001, con anterioridad por tanto, a la Ley Orgánica 3/2007, su caso adquiere interés si se repara en que en su configuración intervienen, como se advierte del párrafo anterior, distintos órganos y en diferentes momentos: de un lado, el Congreso de los Diputados y el Senado, que designan a 6 integrantes del Tribunal cada uno; de otro, los propios miembros del Tribunal, que eligen a quien los preside y, finalmente, el Gobierno, que nombra al Fiscal Jefe de la Fiscalía existente en esa institución. Se puede concluir que ninguno de estos órganos diversos ha tenido en cuenta un cierto equilibrio entre mujeres y hombres a la hora de proveer a las designaciones y nombramientos pertinentes<sup>93</sup>.

### 1) Junta Electoral Central

Una importante labor jurídica realiza también la Junta Electoral Central, órgano compuesto por Vocales de origen judicial y no judicial según dispone la Ley Orgánica del Régimen Electoral General<sup>94</sup>: los de origen no judicial tienen una relación directa con el Congreso de los Diputados, que propone su nombramiento al Gobierno<sup>95</sup>. En el año 2004 fueron nombrados 1 mujer y 4 hombres y, en el año 2008, 2 mujeres y 3 hombres, mejorándose, por tanto, esa presencia hasta convertirla en lo que se suele entender como equilibrada<sup>96</sup>.

## 2. El Ministerio de Justicia

### a) Titulares del Ministerio de Justicia

Un cargo relevante desde el punto de vista jurídico por el contenido de su actividad y por la incidencia que tiene, a su vez, en el nombramiento de otros cargos jurídicos es el de la persona titular del Ministerio de Justicia. Para entender mejor dicha relevancia también se deben recordar otras consideraciones derivadas de la precedencia y tradición que suele tener esa cartera en el seno del Gobierno, ya que ocupa el segundo puesto en el orden de prelación entre los Ministerios, así como de las funciones relativas para su titular de la condición de Notario Mayor del Reino<sup>97</sup>.

En el mes de abril de 2004 el nombramiento recayó en un hombre y en esta opción se advierte una cierta continuidad en el tiempo, tanto hacia el futuro como hacia el pasado inmediato: en efecto, al Ministro de Justicia nombrado en ese momento han sucedido otros dos hombres en el desempeño de esa cartera ministerial<sup>98</sup> y habrían precedido inmediatamente otros dos<sup>99</sup>.

### b) Organización del Ministerio de Justicia

En el actual organigrama del Ministerio de Justicia también se da una mayor presencia de hombres que de mujeres entre sus órganos superiores y directivos, casi doblando su número, ya que hay 7 hombres y 4 mujeres<sup>100</sup>.

<sup>92</sup> Cfr. Reales Decretos 1916/1999, de 17 de diciembre (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2000); 99/2005, de 31 de enero (BOE núm. 27, de 1 de febrero) y 720/2006, de 9 de junio (BOE núm. 138, de 10 de junio).

<sup>93</sup> Han formado parte del Tribunal de Cuentas hasta la actualidad 2 Consejeras de Cuentas (designadas en los dos casos por el Congreso de los Diputados) y 32 Consejeros de Cuentas (designados por las dos cámaras); 6 personas han sido elegidas por sus integrantes para presidirlo y de las 10 ocasiones que esto ha ocurrido, sólo en una ha sido una mujer. A la vez, 5 hombres han ocupado el cargo de Fiscal Jefe del Tribunal de Cuentas.

<sup>94</sup> El artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General establece que está compuesta por "a) ocho Vocales Magistrados del Tribunal Supremo, designados mediante insaculación por el Consejo General del Poder Judicial. b) Cinco Vocales Catedráticos de Derecho o de Ciencias Políticas y de Sociología, en activo, designados a propuesta conjunta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores con representación en el Congreso de los Diputados".

<sup>95</sup> Que es reafirmada en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y se expresa en los reales decretos de nombramiento (p. ej., entre muchos, el Real Decreto 2216/2004, de 25 de noviembre, BOE 285, de 26 de noviembre).

<sup>96</sup> Cfr. Reales Decretos 2216/2004, de 25 de noviembre (BOE 285, de 26 de noviembre) y 1608/2008, de 29 de septiembre (BOE núm. 236, de 30 de septiembre).

<sup>97</sup> Indican esa condición de Notario Mayor del Reino y la especial dimensión jurídica de este cargo, por todos, los artículos 1.1 y 1.5 del Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio (BOE núm. 165, de 9 de julio).

<sup>98</sup> El Ministro de Justicia nombrado mediante Real Decreto 558/2004, de 17 de abril (BOE núm. 94, de 18 de abril) cesó, a petición propia, en 2007 y fue sustituido por otro hombre (vid. Reales Decretos 234 y 235/2007, de 9 de febrero, publicados en BOE núm. 37, de 12 de febrero), quien se mantuvo en ese puesto en el Gobierno constituido tras la celebración de las elecciones generales del año 2008 (cfr. Real Decreto 436/2008, de 12 de abril, publicado en BOE núm. 90, de 14 de abril), siendo sustituido posteriormente por otro hombre (cfr. Reales Decretos 239 y 240/2009, de 23 de febrero, publicados en BOE núm. 47, de 24 de febrero).

<sup>99</sup> Vid. Reales Decretos 561/2000, de 27 de abril (BOE núm. 102, de 28 de abril) y 672/2002, de 9 de julio (BOE núm. 164, de 10 de julio).

<sup>100</sup> Son hombres el Ministro, el Director de su Gabinete, el Secretario de Estado, el Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, el Secretario General de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia, el Director General de Modernización de la Administración de Justicia y el Secretario General Técnico. Son mujeres la Subsecretaria y las Directoras Generales de Relaciones con la Administración de Justicia, de los Registros y Notariado y de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

Además, según el orden de precedencia establecido, de los tres primeros puestos sólo del tercero, la Subsecretaría, es titular una mujer, así como de los tres órganos con rango de Subsecretaría igualmente sólo uno es ocupado por una mujer<sup>101</sup>.

### c) Comisión General de Codificación

Un órgano del que también conviene hablar en este trabajo es la Comisión General de Codificación, órgano superior colegiado de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia, como es definida en sus propios Estatutos<sup>102</sup>. Incardinada en la Administración General del Estado, se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia a través de la Secretaría General Técnica<sup>103</sup>.

Entre los órganos que la integran se encuentran la Presidencia, Vicepresidencia, Presidencias de Sección, Secciones Permanentes y Secretaría general. Son titulares de algunos de estos órganos quienes ocupen determinados cargos en el Ministerio de Justicia y, de este modo, encontramos –según se ha mencionado al tratar los cargos en el citado órgano gubernamental– que el Presidente es el Ministro de Justicia, el Vicepresidente el Secretario General Técnico del Ministerio y la Secretaría General la desempeña quien sea titular de una concreta Subdirección General existente en el Ministerio, que actualmente es el Subdirector General de Política Legislativa, siendo, además, Vocal de la Comisión. Los Presidentes de Sección son nombrados por el Rey a propuesta del titular de la cartera de Justicia y, en la actualidad, también son dos hombres.

Hay diversos tipos de Vocales natos, permanentes y adscritos. Entre los Vocales permanentes, cuya relación actualizada debe ser publicada anualmente en el Boletín Oficial del Estado, la Sección Primera, de Derecho Civil, está formada –sin contar a su Presidente– por 33 hombres y 5 mujeres, mientras la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, la componen 28 hombres y 4 mujeres, según los datos de la página web del Ministerio de Justicia, donde expresamente se dice que se trata de una relación actualizada de quienes en la actualidad asisten a las reuniones de las dos Secciones Permanentes, encabezadas por sus respectivos Presidentes y ordenados en atención a la fecha de su nombramiento<sup>104</sup>. Esto último tiene relieve, también, porque las cinco mujeres de la Sección Primera se encuentran en las posiciones 3, 7, 24, 33 y 36 de los Vocales permanentes, mientras de las cuatro de la Sección Segunda la primera mujer que aparece se encuentra en el puesto 6 y las restantes los tres últimos, lo que significa que han sido las de nombramiento más reciente.

### 3. Los nombramientos a propuesta de España de órganos jurídicos de carácter supranacional o de la Unión Europea

Es útil también detenerse en las propuestas realizadas por España respecto a miembros de dos órganos jurisdiccionales especialmente relevantes, como son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El día 3 de octubre de 2007 se produjo la renovación de doce Jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debiendo ser elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa para un período de seis años, y siendo escogidos cada uno de una lista de tres candidatos presentada por cada uno de los Estados signatarios de la Convención Europea de los Derechos Humanos<sup>105</sup>. La lista presentada por el Gobierno de España estaba formada por dos hombres y una mujer, que ocupaba el segundo lugar de la terna, tratándose en todos los casos de nacionales españoles, y resultó elegido uno de los candidatos presentados<sup>106</sup>.

El Juez elegido a propuesta de un Estado forma parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando conoce una demanda contra ese Estado y, en ese caso, si debiera abstenerse el Tribunal invita al Gobierno correspondiente a designar un Juez *ad hoc* que lo sustituya para esos asuntos: ese Juez *ad hoc* debe reunir las condi-

<sup>101</sup> La determinación del nivel orgánico de Subsecretaría a la Secretaría General de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia se hace en el artículo 3 del Real Decreto 1203/2010, de 24 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 869/2010, de 2 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 495/2010, de 30 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 233, de 25 de septiembre). El más reciente Real Decreto 1366/2010, de 29 de octubre, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 267, de 4 de noviembre) sólo atribuye expresamente ese rango a la propia Subsecretaría y a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en su artículo 2.1, letras b) y c).

<sup>102</sup> Así la define el artículo 1 de los Estatutos, aprobados por el Real Decretos 160/1997, de 7 de febrero (BOE núm. 50, de 27 de febrero).

<sup>103</sup> Cfr. artículo 2 de los Estatutos.

<sup>104</sup> [http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura\\_P/1215198247826/Detalle.html](http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_P/1215198247826/Detalle.html).

<sup>105</sup> Respecto a seis de ellos el mandato se extendía entre los días 1 de noviembre de 2007 y 31 de octubre de 2013, mientras para otros seis lo hacía entre los días 1 de febrero de 2008 y 31 de enero de 2014, pudiendo todos ser reelegidos a su término.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

ciones establecidas en la Convención. Para el año 2010 ha sido designado por el Gobierno español el otro candidato que formaba parte de la terna presentada a la Asamblea Parlamentaria en el año 2007, que fue quien menos votos obtuvo de los tres componentes de la misma<sup>107</sup>.

### b) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El día 12 de noviembre de 2009 falleció el Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>108</sup> designado a propuesta de España, finalizando de este modo su mandato en dicha institución antes del término previsto. Con carácter previo debe indicarse que el nombramiento de los miembros del Tribunal de Justicia ha sido objeto de cambio a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el día 1 de diciembre de 2009. Recordado esto, procede decir que los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros adoptaron la decisión de nombrar un Abogado General por el resto del mandato del miembro fallecido, formalizándose dicho nombramiento mediante la correspondiente Decisión publicada oficialmente y, por lo que atañe al objeto de este trabajo, ha sido un hombre<sup>109</sup>.

Antes de dejar el Tribunal de Justicia es útil hacer una breve mención al modo en que se nombrarán los miembros del mismo con arreglo a las previsiones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, vigente en la actualidad. De acuerdo con este nuevo texto, concretamente el artículo 255, un Comité formado por siete personalidades de reconocida competencia debe pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos para el ejercicio de las funciones de Juez y Abogado General del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, antes de que los Gobiernos de los Estados miembros procedan a los nombramientos. Debe respetarse, según dispone ese precepto, una composición equilibrada del Comité “en particular por lo que respecta a su base geográfica y en lo que se refiere a la representación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros”: dicho Comité ha sido designado por el Consejo para un período de cuatro años y entre sus miembros se encuentra una jurista española, que es una de las dos mujeres que lo integran junto a cinco hombres, siendo uno de estos el Presidente<sup>110</sup>. Otro órgano del que procede analizar los nombramientos efectuados es EUROJUST, agencia de cooperación policial y judicial en materia penal, creada en la Unión Europea en el año 2002 y formada por un miembro nacional de cada uno de los Estados de la Unión Europea de acuerdo con su ordenamiento: el nombramiento y cese del miembro nacional español lo realiza el Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio de Justicia, por un período de tres años, renovable por un segundo período de igual duración<sup>111</sup>. En el año 2006 cesó el miembro nacional español nombrado y fue sustituido por otro hombre, cuyo nombramiento se renovó al concluir el primer período<sup>112</sup>. Desarrollando la posibilidad establecida en la normativa de la Unión Europea, la legislación española prevé la existencia de uno o varios Asistentes del citado Miembro Nacional, nombrados a propuesta del titular del citado Ministerio y, para dicho cargo, sí está nombrada una mujer<sup>113</sup>.

<sup>106</sup> De este modo, la lista presentada respetaba la Recomendación efectuada por la propia Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a los Estados miembros respecto a una composición equilibrada por sexos entre sus integrantes y que, por otra parte, fue objeto de la primera Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: esta resolución ha sido comentada por Y. Cacho Sánchez en *Artículo 14. Una perspectiva de género*, número 29, diciembre de 2008, con el título “Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de febrero de 2008 sobre el equilibrio de sexos en la elección de sus jueces” (pp. 44-48). De la consulta de las páginas correspondientes del Consejo de Europa ([http://assembly.coe.int/ASP/NewsManager/EMB\\_NewsManagerView.asp?ID=3223](http://assembly.coe.int/ASP/NewsManager/EMB_NewsManagerView.asp?ID=3223) y <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/Records/2007/E/0710021500E.htm#Election>), puede advertirse que el candidato español elegido por la Asamblea Parlamentaria obtuvo 112 votos, superando la mayoría absoluta de los votos, cifrada en 73, ya que participaron en la votación 144 miembros de la Asamblea, siendo 46 el número de votos en blanco o nulos: este último número fue el más elevado de ese día. La candidata presentada obtuvo 25 votos y el tercer candidato 7.

<sup>107</sup> De esa designación informaron al Consejo de Ministros los Ministros de Justicia y Asuntos Exteriores y Cooperación en la reunión del citado órgano colegiado, celebrada el día 6 de noviembre de 2009 ([http://www.la-moncloa.es/consejodeministros/referencias/\\_2009/refc20091106.htm](http://www.la-moncloa.es/consejodeministros/referencias/_2009/refc20091106.htm)), aunque con fecha 18 de septiembre del mismo año, el Consejo de Ministros tomó conocimiento del nombramiento de la misma persona como Juez *ad hoc* para el conocimiento de determinados casos ([http://www.la-moncloa.es/consejodeministros/referencias/\\_2009/refc20090918.htm](http://www.la-moncloa.es/consejodeministros/referencias/_2009/refc20090918.htm)).

<sup>108</sup> Este era el nombre de la citada institución de la Unión Europea antes de la entrada en vigor, el día 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa.

<sup>109</sup> Se realizó por Decisión de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 30 de noviembre de 2009 (2010/33/CE, Euratom), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L 14, de 20.01.2010, para el período comprendido entre los días 30 de noviembre de 2009 y 6 de octubre de 2015. Por tanto, el nombramiento se ha llevado a cabo de acuerdo a las previsiones del Tratado de Niza.

<sup>110</sup> La designación aparece en la Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 2010 (2010/125/UE), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L 50, de 27.02.2010: se ha efectuado para un período de cuatro años a contar desde el día 1 de marzo de 2010.

<sup>111</sup> Creada esta agencia por Decisión del Consejo de la Unión Europea de 28 de febrero de 2002, el miembro nacional de cada Estado debe tener la condición de Fiscal, Juez o funcionario de policía con competencias equivalentes. Los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea, prevé que su nombramiento se lleve a cabo por real decreto a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros, quedando adscrito orgánicamente al Ministerio de Justicia.

<sup>112</sup> Vid. Reales Decretos 1149 y 1150/2006, de 6 de octubre (BOE núm. 240, de 7 de octubre) y 1518/2009, de 2 de octubre (BOE núm. 239, de 3 de octubre).

<sup>113</sup> La Decisión antes citada indica que cada Miembro Nacional puede contar con un segundo miembro que puede actuar como su suplente: el artículo 6 de la Ley 16/2006 prevé que su nombramiento se lleve a cabo por real decreto a propuesta del Ministro de Justicia y, en este caso, la nombrada lo fue mediante Real Decreto 1485/2008, de 5 de septiembre (BOE núm. 216, de 6 de septiembre).

## DOCTRINA

**4. Conclusiones**

El análisis de los datos expuestos pone de relieve la insuficiente presencia de mujeres en la provisión de los cargos públicos de índole jurídica que han sido objeto de tratamiento, quedando en muchas ocasiones bastante alejados de lo que se puede considerar acorde con la presencia o composición equilibrada, recordando que han sido tenidos en cuenta sólo los relacionados con órganos del nivel estatal general.

Ciertamente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no fue promulgada hasta la mitad del período que se ha tenido básicamente en cuenta, con lo que la irradiación de sus efectos es de esperar que se vayan haciendo notar progresivamente. De todos modos no resulta muy alentadora la situación expuesta, si se tiene en cuenta que, en muchos casos, dependía la realización de los citados nombramientos sólo de un órgano donde es más fácil obtener el acuerdo.

Cuando en los análisis de la Ley Orgánica se ha tratado el mandato de conseguir la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los Consejos de administración de sociedades mercantiles dispuesto, por la combinación del artículo 75 y la Disposición final octava, para el día 24 de marzo de 2015, resultaría bastante llamativo que no se hubiese conseguido en los ámbitos en este trabajo expuestos. Conviene, además, tenerlo presente para que las actuaciones e iniciativas relacionadas con el anterior objetivo, no sirvan para ocultar éste.

Es conocido que suele utilizarse la expresión “techo de cristal” para caracterizar el conjunto de elementos, muchas veces no escritos, que dificulta a las mujeres acceder a puestos de dirección en el ámbito empresarial. Trasladando el concepto a este trabajo, podría pensarse que también existe en los ámbitos aquí indicados, aunque respecto a algunos de los datos expuestos podría considerarse más apropiada la expresión, también surgida en estudios relativos a recursos humanos y cultura empresarial, “techo de cemento”, si bien aquí no expresaría las autolimitaciones impuestas por las mujeres al promocionarse en las organizaciones, sino simplemente daría cuenta de la dureza de la cultura jurídica y política que se refleja a lo largo de lo estudiado<sup>114</sup>.

<sup>114</sup> Tomada la expresión de “Mujeres directivas bajo el techo de cristal”, de N. Chinchilla y C. León, <http://insight.iese.edu/doc.aspx?id=00435&ar=6&idioma=1>.

## LEGISLACIÓN

## LA REFORMA LABORAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: APROXIMACIÓN A LA LEY 35/2010, DE 17 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO

M<sup>a</sup> AUXILIADORA JIMÉNEZ ZAFRA,  
Abogada; Secretaria de Empleo y Acción Sindical de  
la Comisión Ejecutiva Provincial, Unión General de  
Trabajadores Málaga

**ÍNDICE:** 1. Introducción: a) Antecedentes. b) Incidencia de la Ley 35/2010 en el ámbito laboral y su relación con la Ley de Igualdad. 2. Análisis de contenido: a) El principio de igualdad en la Ley 35/2010. Igualdad formal vs. Igualdad real. b) Medidas para reducir la dualidad y temporalidad en el mercado de trabajo desde una perspectiva de género. c) Medidas sobre la flexibilidad interna y para fomentar el uso de la reducción de jornada. d) La intermediación laboral de las empresas. e) Medidas para favorecer el empleo de los jóvenes. 3. Conclusión.

### INTRODUCCIÓN

#### Antecedentes.

El pasado mes de mayo, después de intensas negociaciones, se rompía el diálogo social entre la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de Pequeña y Mediana Empresa, y las dos grandes centrales sindicales de este país, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores.

En realidad, no era la primera vez que se rompía. Desde el inicio de la crisis económica y financiera en 2008, el proceso de diálogo social había sufrido diversos avatares. Así, desde la *“Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social”*, firmada en julio de 2008 por Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en la cual se pretendía reforzar el valor estratégico del diálogo social como un elemento fundamental para impulsar el progreso del país, teniendo en cuenta sus excelentes resultados en etapas anteriores de crecimiento económico, la realidad había sido otra: las fuertes tensiones y una confusa amalgama de intereses acabaron por fracturar, apenas un año después, un proceso nunca exento de dificultades.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, en enero de 2010 los interlocutores sociales volvían a intentarlo de nuevo. El objetivo era aprobar las directrices para la negociación colectiva para el período comprendido entre 2010-2012 y, junto a ello, se comprometían a abordar una posible reforma sobre el mercado de trabajo. En este sentido, tras la firma del *“Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva”* en febrero, se iniciaban las discusiones sobre el documento *“Líneas de actuación en el mercado de trabajo”* que había presentado el Gobierno como propuesta de debate, y en el que, entre otros aspectos, se proponía analizar las medidas a llevar a cabo para reducir la dualidad y temporalidad de nuestro mercado laboral, favorecer el empleo de los jóvenes, mejorar la intermediación laboral, impulsar la flexibilidad interna de las empresas y favorecer la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres.

Se trataba de un intenso proceso de negociación que habría de finalizar en el mes de abril con un acuerdo global, sin posibilidad de acuerdos parciales que posibilitaran reformas legislativas de carácter igualmente parcial. Asimismo, el Gobierno había advertido a los interlocutores sociales que, en el supuesto de no llegar a acuerdo alguno en el plazo previsto, asumiría la iniciativa legislativa en la materia, lo que finalmente sucedió.

Así, tras la crisis griega y ante un nuevo ataque de los mercados financieros a la economía española, el Gobierno presentaba el día 12 de mayo ante el Congreso de los Diputados su *“Plan de Ajuste para la reducción del Déficit Público”*, que suponía un importante recorte en materia de gasto social e inversión. Tras ello, y rotas definitivamente las negociaciones entre patronal y sindicatos, se aprobaba el *Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, el cual, tras el trámite parlamentario y las sucesivas enmiendas incorporadas por los distintos grupos, daría origen a la *Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (en adelante, LRMT). Se trata de una Ley extensa, compleja, que modifica -en mayor o menor medida- las leyes básicas para los trabajadores y trabajadoras de este país, así como nuestro sistema de relaciones laborales, desde el Estatuto de los Trabajadores hasta la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la Ley de

## LEGISLACIÓN

Procedimiento Laboral o la Ley General de la Seguridad Social, por citar sólo algunas de ellas.

### Incidencia de la Ley 35/2010 en el ámbito laboral y su relación con la Ley de Igualdad.

Como sabemos, el ordenamiento laboral nació como respuesta ante una nueva realidad social, surgió al amparo de la revolución industrial y marcada por la ruptura de fuerzas entre capital y trabajo, y ante las condiciones de trabajo draconianas basadas en el principio de máximo beneficio empresarial.

Hoy en día una legislación laboral congruente es aquella capaz de responder a la realidad económica sin perjuicio de la protección de aquellos que producen bienes a través de la actividad laboral, debiendo conciliar las funciones de equidad/igualdad y las consideraciones de eficiencia económica<sup>115</sup>. Así, la igualdad de trato para todos los incluidos en el ámbito de la ley es un principio no sólo reconocido, sino consagrado, en multitud de normas y convenios, tanto de ámbito internacional como nacional, que -sin embargo- debe enfrentarse a una realidad donde las transformaciones sociales introducen día a día nuevos factores y tipos de discriminación.

La Ley 35/2010 recoge en su Preámbulo como objetivo fundamental la reducción del desempleo y el incremento de la productividad de la economía española. Se trata, en definitiva, de luchar contra una crisis de origen financiero que, trasladada a la economía real, ha generado en nuestro país, un total de 4.017.763 millones de desempleados, de los cuales 2.032.830 son mujeres<sup>116</sup>: si estas partían ya de una situación de desigualdad, con peores indicadores en materia de empleo y condiciones laborales, la actual coyuntura económica no hace sino ahondar en la brecha existente entre el empleo masculino y femenino. Así, el desempleo sigue afectando de manera más profunda a las mujeres<sup>117</sup> y la segmentación del mercado de trabajo las relega a empleos inestables, con mayor precariedad en la contratación, escasamente

retribuidos y con inferior protección social presente y futura -tanto en materia de desempleo, como en jubilación-. Las dificultades para promocionar y acceder a puestos de decisión<sup>118</sup> y las relativas a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, son otras de las características del empleo de las mujeres que se han visto agravadas por la crisis: la lucha contra el gasto público social y la disminución o pérdida de calidad de los servicios sociales tienen un impacto directo sobre ellas, puesto que la división patriarcal del trabajo y la todavía escasa asunción por los hombres de las tareas de cuidado obliga a dedicar mayor tiempo a dichas tareas. Todo ello sin olvidar la existencia de mayores dificultades para acceder a un empleo.

Obviamente, esta no es una situación nueva, ni completamente achacable a la crisis, aunque esta haya agudizado una posición de partida de las mujeres trabajadoras claramente desfavorable. Así, tanto la Unión Europea, como el Estado español, han hecho de la igualdad entre mujeres y hombres y, en concreto, de la igualdad en el mercado de trabajo, uno de los objetivos más importante de su acción de gobierno<sup>119</sup>, siendo, dentro del ámbito interno y como no puede ser de otro modo, profusa la cantidad de normativa estatal y autonómica en este sentido, teniendo en cuenta asimismo que la igualdad de género es un principio que debe ser transversal al conjunto de la legislación del Estado.

En dicho sentido, la promulgación de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, constituye un hito fundamental de la regulación en materia de igualdad en nuestro país: en ella, junto con el deber general establecido para las empresas de respetar el principio de igualdad en el ámbito laboral disponiendo, entre otras medidas, el deber de negociar planes de igualdad, establece para “favorecer la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo” el objetivo de “mejorar el acceso y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo”, al igual que su posible con-

<sup>115</sup> Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT: DECLARATION/WP/54/2006. Documento de Trabajo n° 54: No discriminación e Igualdad: su incidencia en la reforma laboral. María Luz Vega Ruiz. Oficina Internacional del Trabajo. Enero 2007.

<sup>116</sup> Paro registrado a septiembre de 2010. Fuente: Ministerio de Trabajo e Inmigración.

<sup>117</sup> Recordemos que, en los primeros estadios de la crisis, la destrucción de empleo en España se produjo de manera principal en sectores enormemente masculinizados como la construcción o la industria, y que a ello se unió una mayor incorporación de las mujeres al mercado de trabajo que, con un carácter compensatorio ante la pérdida de empleo masculino, supuso un repunte en la tasa de actividad femenina. Sin embargo, tras esa primera fase, la destrucción de empleo se generalizó en el sector servicios, en el cual la presencia de mujeres siempre ha sido mayor. En estos momentos, a la menor tasa de actividad femenina (52'19%) hay que añadir la baja tasa de ocupación (41'46%) y el mayor desempleo (20'56%, según la EPA II Trimestre 2010).

<sup>118</sup> Por poner un ejemplo del déficit de representación de la mujer española en la empresa: tan sólo el 10'28% de los miembros de los Consejos de Administración de las empresas del IBEX-35 son mujeres, y sólo un 2'86% los presiden. Fuente: Ministerio de Igualdad, últimos datos disponibles correspondientes al año 2009.

<sup>119</sup> En el ámbito de la Unión Europea, por reflejar tan sólo algunas normas a destacar a nivel general: Tratado Constitutivo de la Unión Europea; Tratado de Lisboa; Carta de los Derechos Fundamentales; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de julio de 2007, «Actuar contra la diferencia de retribución entre mujeres y hombres»; Reglamento (CE) n° 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género; Decisión de la Comisión de 16 de junio de 2008 relativa a la creación de un Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. También el gran número de Planes e Informes, como el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 o el VI Informe de Igualdad entre mujeres y hombres - 2009, por citar algunos ejemplos.

## LEGISLACIÓN

sideración como grupo de población prioritario en las políticas activas de empleo.

El Título IV de la citada Ley Orgánica regula el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, convirtiéndose en un marco de referencia normativo en el ámbito del trabajo de las mujeres: desde la regulación del derecho de conciliación de la vida laboral y familiar, los planes de igualdad, la igualdad en el empleo público, hasta la importancia que, en el conjunto del texto normativo, se concede a la negociación colectiva.

La Ley de Igualdad supone, pues, un referente que ha de ser fundamental en el análisis de las medidas que, en este caso concreto, se encuentran referidas al ámbito laboral. Por ello, la incidencia en el empleo de las mujeres de la Ley 35/2010, así como del conjunto de medidas puestas en marcha por el Gobierno en el *Plan de Ajuste para la reducción del Déficit Público*<sup>120</sup>, junto a la importancia que en materia de negociación colectiva tiene la recién aprobada reforma, o las nuevas medidas a adoptar en un futuro relativas a la modificación del régimen de jubilación de trabajadores y trabajadoras, por ejemplo, no debieran obviar en ningún caso lo preceptuado por la Ley de Igualdad: *“Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”*.

Para constatar el cumplimiento de lo preceptuado en la propia Ley de Igualdad en relación con la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres (art. 15 LO 3/2007), el propio texto establece que *“los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros, deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género”*<sup>121</sup>. Respecto a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, no hemos tenido acceso a dicho informe.

## ANÁLISIS DE CONTENIDO.

**El principio de igualdad en la Ley 35/2010. Igualdad formal vs. Igualdad real.**

Es tradicional en nuestra doctrina usar la contraposición entre los conceptos de igualdad formal e igualdad real cuando hablamos de la situación social

de las mujeres, máxime si, además, nos centramos en su posición en el mercado de trabajo, tanto en el acceso como en la permanencia en éste.

Así, la igualdad formal, entendida como igualdad ante la ley y prohibición de discriminaciones formales a través de la intervención legislativa, no ha supuesto necesariamente la traslación de dicho principio al ámbito social. La ingente cantidad de normativa promulgada durante los últimos años, que prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de género y establece medidas de discriminación positiva, no ha sido capaz de modificar aún la estructura de nuestra sociedad: la cultura patriarcal, determinante todavía, sigue reflejándose de manera especialmente llamativa en nuestro mercado de trabajo.

La LRMT establece algunas modificaciones legales que pretenden paliar lo que desde el propio texto legal se califica como una de las debilidades de nuestro modelo de relaciones laborales: *“la persistencia de elementos de discriminación en el mercado de trabajo en múltiples ámbitos, pero de forma muy señalada en el empleo de mujeres, personas con discapacidad y desempleados de más edad”*. De este modo, la Ley modifica, en su Disposición Adicional Undécima, diversos artículos del Estatuto de los Trabajadores al objeto de declarar la nulidad de preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario, que den lugar en el empleo, retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a discriminación directa o indirecta. Igualmente, preceptúa que *“la definición de categorías y grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres”*. También prevé que, en la negociación colectiva, se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos para garantizar la ausencia de discriminación directa, o que los ascensos y promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan dicho objetivo, pudiendo pactarse medidas de discriminación positiva.

Como vemos, se trata de un conjunto de medidas que tienen más de retórica que de contenido real y efectivo: son modificaciones formales que incluyen extremos que ya eran obligaciones legales impuestas por otros textos normativos, desde la Constitución Española hasta la propia Ley de Igualdad. De hecho, las medidas de discriminación positiva que se recogen en diversos apartados de la

<sup>120</sup> El Plan de Ajuste para la reducción del Déficit Público contiene, asimismo, importantes medidas con trascendencia en materia de género. No es objeto su análisis de este artículo, pero teniendo en cuenta que forma parte, junto con la reforma laboral, de un conjunto de medidas de lucha contra la crisis, se debe hacer tan sólo referencia a algunas de ellas con trascendencia en materia de igualdad: la reducción de salarios en el sector público, donde existe mayor presencia de mujeres que en el sector privado; los recortes en el gasto público que afectan a servicios de primera magnitud como educación, sanidad, servicios sociales..., y cuya cobertura recaerá, de nuevo, en las mujeres; la congelación de las pensiones dado que, si valoramos las pensiones medias, las femeninas son claramente inferiores a las masculinas). El conjunto de medidas de lucha contra la crisis tiene, desde luego, un importante sesgo en materia de género.

## LEGISLACIÓN

LRMT se siguen fundamentando, sobre todo, en la reducción de cotizaciones sociales y tienen como contrapartida las modificaciones que el texto legal realiza en el Estatuto de los Trabajadores y que, encaminadas a la flexibilización interna en la empresa, colocan a la mujer trabajadora en una clara situación de discriminación indirecta<sup>122</sup>.

Es cierto que la LRMT establece alguna medida en materia de igualdad de carácter más efectivo, como la obligatoriedad de que el descuelgue salarial nunca se haga incumpliendo las obligaciones establecidas para la eliminación de la discriminación retributiva por razón de género, o la inclusión de la "paternidad" entre las situaciones que no se computarán como faltas de asistencia según el art. 52,d) ET<sup>123</sup>. Sin embargo, resulta también cierto que existen demasiadas disposiciones en la nueva norma cuyo impacto en materia de igualdad no parece haber sido convenientemente valorado por el legislador<sup>124</sup>.

### Medidas para reducir la dualidad y temporalidad en el mercado de trabajo desde una perspectiva de género.

Recogidas en el Capítulo I de la Ley 35/2010, pretenden, tal y como se establece en su Preámbulo, "restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratación", intentando incentivar el uso de la contratación indefinida. Así pues, y en dicho sentido, el art. 1 del texto legal se refiere a los **contratos temporales**, modificando el art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo en principio límites al encadenamiento de dichos contratos. De este modo, se regula para el caso de contratos de obra y servicio determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la empresa y de duración incierta, que "no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de fijos en la empresa".

También se modifica en materia de contratación temporal los artículos 15.5, 15.9 y 49.1.c. del

Estatuto, al objeto de establecer la condición de fijos para aquellos/as trabajadores/as que, en treinta meses, hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro con o sin solución de continuidad para el mismo o diferente puesto de trabajo, con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, así como en los supuestos de *sucesión o subrogación empresarial*. Quedan, sin embargo, excluidos del ámbito de aplicación en materia de duración máxima, los contratos temporales celebrados por las Administraciones Públicas, así como por sus organismos públicos vinculados o dependientes, las Universidades, y los contratos temporales contemplados en normas con rango de ley vinculados a proyectos específicos de inversión o investigación<sup>125</sup>.

De otro lado, se aumentan las indemnizaciones previstas a la finalización del contrato temporal, pasando de los actuales ocho días de salario por año trabajado hasta los doce días de salario por año, previstos para los contratos temporales celebrados a partir del 1 de enero del 2015: hasta entonces se establecen sucesivas fases intermedias en la ampliación de la indemnización, que se iniciarán a partir de los contratos celebrados después del 1 de enero de 2012.

Se trata, como vemos, de un conjunto de medidas tendentes a mejorar la estabilidad en el empleo buscando fomentar la contratación indefinida. Así, si tenemos en cuenta el alto porcentaje de mujeres afectadas precisamente por la falta de estabilidad y la precariedad laboral, características de nuestro mercado de trabajo, es fácil concluir la incidencia que en el empleo femenino debieran tener estas modificaciones legales. En dicho sentido, baste señalar que de los 649.000 contratos celebrados a mujeres durante el mes de septiembre en nuestro país, 588.500 fueron temporales, es decir, un 90'67 %, y, de estos, 231.073<sup>126</sup> fueron por obra o servicio<sup>127</sup>. Ello pone claramente de manifiesto la precariedad laboral de las mujeres en cuanto a estabilidad en el puesto de trabajo, situación que, incluso, se ha visto agravada durante la crisis económica, con una tasa de estabilidad femenina de 9'36% para 2009<sup>128</sup>.

<sup>121</sup> Art. 19. También la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

<sup>122</sup> A ello nos referiremos cuando hablemos sobre todo de movilidad geográfica, modificación de jornada o situaciones de suspensión del contrato, por ejemplo.

<sup>123</sup> Y que constituía una omisión en la Ley de Igualdad.

<sup>124</sup> Desde la legalización de las Agencias Privadas de Colocación con ánimo de lucro, hasta la autorización a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional para reducir las cotizaciones sociales de las empresas como consecuencia de los excedentes obtenidos en la gestión de las contingencias profesionales, entre las que se encuentran el riesgo de embarazo y lactancia, y la incapacidad temporal por contingencias comunes que introduce un elemento de competitividad que contribuirá a aumentar la brecha existente entre aquellos/as trabajadores/as que soportan cargas familiares y los que no las tienen, y dentro del primer grupo, las mujeres.

<sup>125</sup> Cfr. art. 1.6.2 de la Ley.

<sup>126</sup> Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales. Secretaría de Trabajo e Inmigración. MTIN. Octubre 2010.

<sup>127</sup> En el caso de los hombres, y según la misma fuente, de 740.300 contratos registrados, 679.700 fueron temporales.

## LEGISLACIÓN

Debemos considerar, por tanto, las modificaciones planteadas en materia de contratación temporal como uno de los presupuestos fundamentales de la reforma para mejorar lo que hasta ahora ha sido, como se ha señalado, una de las grandes debilidades del empleo de las mujeres, esto es, la precariedad laboral. Sin embargo, sin dudar de las buenas intenciones del legislador y entendiendo que ha de ser necesariamente el tiempo el que nos dé verdadera cuenta del auténtico alcance y efectividad práctica de las novedades introducidas por la Ley 35/2010, lo cierto es que cabría hacer algunas consideraciones *a priori* en este aspecto. En primer lugar, aún valorando lo que de positivo tienen algunas de las modificaciones introducidas, como el incremento de la indemnización por finalización del contrato, el aplazamiento de su entrada en vigor no puede sino suscitaros cierta prevención, pues si lo que se pretende es la reducción de la temporalidad, esta medida la dilata en el tiempo. Asimismo, no se desvincula el contrato de obra y servicio de la ejecución de contratos, subcontratos y programas subvencionados, y se sigue permitiendo el uso del contrato “eventual por circunstancias de la producción” para la ejecución de las actividades de carácter estacional, que se deberían cubrir con el contrato indefinido fijo-discontinuo, tratándose este de la modalidad contractual más usual en la contratación femenina<sup>129</sup>.

Tampoco se actúa sobre la rotación temporal de trabajadores/as para ocupar un mismo puesto de trabajo, aspecto en el que una vez más, las mujeres mantienen índices de desventaja respecto a los varones<sup>130</sup>. De igual modo, previsiblemente la exclusión de la aplicación de la limitación a la temporalidad a las Administraciones Públicas y a sus organismos públicos vinculados o dependientes, a las Universidades y a los contratos temporales contemplados en normas con rango de ley vinculados a proyectos específicos de inversión o investigación, tiene sin duda una importante repercusión en materia de

género: se excluye de las limitaciones legales a un amplio ámbito donde, precisamente, se dan porcentajes de temporalidad elevados, que -de nuevo- afectan de manera principal a las mujeres. En este sentido no debe olvidarse que, frente a las dificultades en el sector privado, es en el sector público donde siguen prevaleciendo los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso y donde las posibilidades de conciliación de vida laboral, personal y familiar son mayores, y donde la inserción femenina se ha producido con menores dificultades y de manera más amplia, aunque también, no olvidemos, con un importante grado de precariedad<sup>131</sup>.

Igualmente, se pretende con la presente reforma laboral incentivar la contratación indefinida a través de la promoción del **contrato para el fomento de la contratación indefinida**: la Ley lo indica en su art. 3, para facilitar la contratación estable de trabajadores y trabajadoras en situación de desempleo, o de empleados y empleadas con contratos temporales. Esta puede concertarse con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:

*“Jóvenes desde dieciséis hasta treinta años de edad, ambos inclusive.*

*Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino; mujeres en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores; mujeres desempleadas que se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años; mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos. Mayores de cuarenta y cinco años de edad. Personas con discapacidad.*

*Parados que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.*

<sup>128</sup> A falta de cerrar datos del año 2010, se debe señalar cómo la situación se ha agravado durante 2009, con una pérdida de contratos indefinidos respecto al 2008 del 31'15%, y con un ritmo de pérdida experimentado muy superior al experimentado en dicho año, que se situó en -13'21%. Si además hacemos una comparación quinquenal de la contratación indefinida, se evidencia nuevamente el empeoramiento de la situación: de una variación en 2008 (2004-2008) de +39%, a una variación negativa en 2009 de -11,75%. Fuente: Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres. Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal. MTIN. Junio 2010.

<sup>129</sup> Por poner un ejemplo: 241.158 fueron los contratos eventuales por circunstancias de la producción celebrados a mujeres durante septiembre de 2010, siendo la modalidad más usada -aunque por poco- frente a los 231.073 contratos temporales por obra o servicio y a los 61.500 contratos indefinidos. En el caso de los varones, la modalidad más usada en contratación sí fue, en cambio, el contrato de obra o servicio determinado, con 363.906 contratos frente a los 261.446 de eventuales por circunstancias de la producción. Queda clara la diferencia: si a las mujeres se les realizan contratos eventuales por circunstancias de la producción como forma de contratación más usual, en el caso de los hombres la prevalencia es clara por el contrato de obra y servicio. La Ley 35/2010 se refiere a este último. Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales. Secretaría de Trabajo e Inmigración. MTIN. Octubre 2010

<sup>130</sup> En el pasado año, el 57'29% de las mujeres contratadas suscribieron un único contrato, y el 21'03% firmaron dos contratos. En dicho año, en la relación número de contratos por persona aparece que 1.656.884 mujeres sólo tuvieron un contrato, 3.659.100 firmaron de 2 a 10 contratos y 1.272.513 firmaron de más de once contratos. En el conjunto de contratos temporales celebrados por las mujeres, prevalecen claramente los de duración inferior a un mes (1.358.183 para las mujeres de 25 a 45 años). El índice de rotación para los hombres en 2009 fue 2'14; en tanto que para las mujeres fue de 2'28. Fuente: Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres. Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal. MTIN. Junio 2010.

<sup>131</sup> El porcentaje mujeres personal al servicio de las Administraciones Públicas fue de un 52'61% en el pasado año 2009, llegando a aumentar significativamente en el caso de la Administración Autonómica con un 65'88% de mujeres como personal a su servicio. Fuente: Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Ministerio de Administraciones Públicas.

## LEGISLACIÓN

*Desempleados que, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos.*

*Desempleados a quienes, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente”.*

También podrá concertarse para trabajadores y trabajadoras que, estando empleados en la misma empresa con un contrato de duración determinada o temporal -se incluyen los contratos formativos-, celebrados antes del 18 de junio de 2010, se les transforme dicho contrato en uno de fomento de la contratación indefinida antes del 31 de diciembre de 2010.

Por último, podrá concertarse con quienes se encuentren empleados en la misma empresa con un contrato temporal o de duración determinada, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 18 de junio de 2010, transformando los contratos en contratos de fomento de la contratación indefinida antes del 31 de diciembre de 2011, siempre que la duración de los mismos no fuera superior a seis meses, no aplicándose esta duración máxima a los contratos formativos.

Como se ve, la extensión de los grupos con los que puede suscribirse este tipo de contrato es tal que, prácticamente, lo generaliza para todo el mundo casi sin excepción (desempleados hombres o mujeres, jóvenes o mayores, con mayor o menor antigüedad en el desempleo, trabajadores con contratos temporales, etc.), ampliándose a grupos de mujeres con características específicas que ya entraban dentro de los grupos bonificados por las medidas de fomento del empleo recogidas en la normativa anterior<sup>132</sup>. En realidad, se trata de una modalidad contractual que, como sabemos, no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico -fue introducida en 1997 y consolidada por la Ley 12/2001, de 9 de julio-, si bien no había sido utilizada de manera mayoritaria por los empresarios de este país y, en este sentido, se pretende incentivar en detrimento del contrato indefinido ordinario, con todo lo que ello conlleva: una menor indemnización

en caso de despido improcedente -33 días de salario/año con un límite de 24 mensualidades.- y la gravedad de trasladar la carga de la prueba haciéndola recaer sobre el trabajador/a contratado/a bajo esta modalidad cuando alegue que la causa real del despido tiene origen en motivos disciplinarios y no objetivos. En definitiva, se presume la veracidad empresarial y, junto a ello, al empresario se le disminuyen los costes empresariales por la vía de salarios de tramitación y cotizaciones a ahorrar.

Es de suponer que, a partir de este momento, el sector empresarial español optará, cuando se trate de contratos indefinidos, de manera masiva por este tipo de contratos, quedando relegada la contratación indefinida ordinaria, con la consiguiente pérdida de derechos para trabajadores y trabajadoras, estando además la posición en el mercado de trabajo de estas últimas marcada por sus peores condiciones a nivel general<sup>133</sup>. Así, una pérdida o recorte de derechos laborales no ha de hacer sino ahondar la brecha entre el empleo femenino y masculino, reforzando la vulnerabilidad de las mujeres y debilitando su ya de por sí mermada, en comparación general con los varones, capacidad económica<sup>134</sup>.

Otro aspecto que regula la LRMT se refiere a la **extinción de los contratos de trabajo**, recogida en el art. 2, y que es, sin duda, uno de los aspectos primordiales de la reforma. Así, se incorpora al art. 51 ET, y con efectos para el art. 52 c ET, una nueva definición de las causas que pueden dar lugar al despido objetivo, facilitando la extensión de los despidos por causas objetivas vía individual, plural o colectiva. Con esa finalidad, se modifican las causas económicas, técnicas, productivas y organizativas para facilitar el despido, aumentando el margen empresarial y reduciendo el control judicial. Igualmente, se recortan los plazos de preaviso y de licencia para la búsqueda de empleo, se establece la financiación por el FOGASA de parte de la indemnización por despido -tengan o no causa justificada- abaratando su coste, y se modifica especialmente el régimen del despido objetivo, rebajando del 5% al 2,5% el porcentaje de absentismo total de la plantilla que justifica un despido individual por faltas de asistencia al trabajo intermi-

<sup>132</sup> De hecho, a efectos prácticos se trata de una ampliación a estos grupos de mujeres prácticamente inútil, ya que al permitirse la celebración de este tipo de contratos a cualquiera con al menos de un mes de antigüedad en la oficina de empleo, las mujeres de estos grupos beneficiarias con exclusividad de la medida serán aquellas que lleven menos de un mes inscritas en dicha oficina.

<sup>133</sup> Aunque según los últimos datos, de momento, en la contratación inicial no parece que la reforma esté incidiendo de manera especial. El total de contratos de esta modalidad de manera inicial, no tras conversiones de contratos temporales, en el acumulado enero-septiembre de 2009 fue de 141.140, siendo el total del 2010 de 125.433. En el caso de las mujeres, fueron contratadas de manera inicial, no tras conversiones de contratos temporales, bajo esta modalidad en el acumulado enero-septiembre un número mayor durante el 2009 en comparación con el 2010 (3.069 frente a 1.922) y, de hecho, en los meses posteriores a la publicación en junio del Real Decreto-Ley 17/2010, el número de contrataciones sólo fueron 478. La mayoría de los empresarios de nuestro país siguen decantándose de manera principal para hacer un primer contrato por la contratación temporal que, en la práctica, sirve como período -excesivo- de prueba. A día de hoy, y aunque el tiempo transcurrido es escaso, la reforma no ha demostrado un efecto positivo aún en este ámbito. Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales. Secretaría de Trabajo e Inmigración. MTIN. Octubre 2010.

<sup>134</sup> Para hacerse una idea de cuál es la situación sólo hay que acercarse a los datos sobre la brecha salarial entre mujeres y hombres, y cuál es el salario medio de unos y otras. Si consideramos que las indemnizaciones se calculan tomando como referencia el salario bruto anual, podremos advertir con facilidad quién sale más perjudicado a nivel general ante la extinción de un contrato de fomento para la contratación indefinida.

## LEGISLACIÓN

tentes, aunque estén justificadas incluso por enfermedad. A la vez, se ha reformado el procedimiento de tramitación de los expedientes de regulación de empleo restringiendo el acuerdo de las partes al impedir la posibilidad de ampliar los períodos de consulta y limitando la documentación a aportar con la solicitud, al tiempo que se disminuye la capacidad de la Autoridad Laboral al reducir los plazos en los que ha de conocer y resolver sobre la solicitud de EREs.

Como puede advertirse, se trata de modificaciones de profundo calado con gran trascendencia para el conjunto de los trabajadores y trabajadoras, aunque nuevamente son estas las que probablemente van a sufrir un mayor impacto, ya que la flexibilización y abaratamiento en la extinción de los contratos de trabajo puede dar lugar a un proceso de sustitución de plantillas estables por plantillas precarias, afectando sobre todo a las mujeres, con una posición de mayor vulnerabilidad: así, por ejemplo, la reducción de 5% a 2,5% el porcentaje de absentismo total requerido para justificar un despido por faltas justificadas va a tener un impacto directo sobre ellas, puesto que la tasa de absentismo femenino sigue siendo mayor a la de los hombres<sup>135</sup>.

#### Medidas sobre la flexibilidad interna y para fomentar el uso de la reducción de jornada.

El Capítulo II de la Ley 35/2010 regula una serie de medidas cuyo objetivo, tal y como se refleja en el Preámbulo del citado texto legal, no es sino *“favorecer la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción”*: se pretende, pues, potenciar la flexibilidad interna de las empresas como alternativa frente a aquellas medidas que supongan un ajuste en el volumen del empleo.

En realidad, se trata de un conjunto de disposiciones que suponen la ampliación de poder de dirección empresarial en la adopción de medidas de flexibilidad sin que, de manera pareja, mejoren los derechos de participación, información y consulta de los representantes de los trabajadores y trabajadoras, sino que se fomentan los mecanismos de mediación/arbitraje externos. La incidencia de dicho

aumento del poder de dirección por parte de los empresarios tiene, lógicamente, repercusiones de consideración para las mujeres empleadas, como se verá a continuación.

#### *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.*

El art. 5 de la LRMT posibilita a la dirección de la empresa ante probadas razones económicas, organizativas o de producción, acordar la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo como son jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen del trabajo a turnos, remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y funciones, cuando excedan de los límites del art. 39 del Estatuto.

Como puede fácilmente inferirse, se trata de materias que determinan muchos de los caracteres definitorios del trabajo de las mujeres: así, el hecho de que el empresario pueda modificar unilateralmente las condiciones de trabajo y fijar las condiciones alternativas más convenientes para él, argumentando que la medida mejora los resultados de la empresa, supone un ataque frontal a aspectos sensibles para la permanencia en el mercado laboral de muchas mujeres, teniendo en cuenta además que para que se produzcan dichas modificaciones basta justificar causas de futuro inciertas, como prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar las perspectivas de la misma.

Las modificaciones en la jornada laboral, horario y distribución del trabajo a turnos son variables especialmente influenciadas por el género. Las mujeres trabajadoras, deudoras todavía de la ineficiente asignación de roles en nuestra sociedad, son quienes dedican un mayor número de horas a las labores domésticas y, en cambio, menos a su vida laboral<sup>136</sup>. De hecho, del total de mujeres ocupadas, un 23,5 % tenían un contrato a tiempo parcial, mientras que en el caso de los hombres este porcentaje era del 5,2%<sup>137</sup>, teniendo en cuenta, además, que en el caso de las mujeres la segunda razón para mantener este tipo de contratos es el cuidado de menores, adultos enfermos o personas mayores, así como otras obli-

<sup>135</sup> En particular, las mujeres seguimos siendo víctimas de un modelo social patriarcal que nos perpetúa en el rol de cuidadoras. La ausencia de corresponsabilidad entre mujeres y hombres explica en buena medida que las primeras soporten tasas de absentismo superiores a las masculinas, en concreto un 3'4% frente al 2'2% de los hombres en 2009. El propio desgaste físico y psíquico derivado de los difíciles intentos de conciliación de vida personal, laboral y familiar, la asunción de las funciones de cuidado de menores y personas dependientes casi en exclusividad, y las aún importantes carencias en materia de servicios sociales en nuestro país, acaban provocando en muchas ocasiones la expulsión de las mujeres del mercado de trabajo.

<sup>136</sup> El 92'2% de las mujeres realiza tareas domésticas y se ocupan del cuidado de niños, ancianos y dependientes (durante casi cuatro horas y media al día) frente al 72'4% de los hombres, cuyo promedio de dedicación a estas tareas es de dos horas y media. Ellas trabajan, asimismo, una hora y veinte minutos diaria de promedio menos que los hombres, y además dedican una hora menos que ellos a su tiempo libre. Por supuesto, en la valoración del tiempo que el cónyuge respectivo dedica a las tareas del hogar, ellos se encuentran mucho más satisfechos que ellas (con 8,1 puntos frente a 5,9 respectivamente). Fuente: Encuesta de Empleo del Tiempo 2009-2010. Instituto Nacional de Estadística. Julio 2010. Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo. 2009. Ministerio de Trabajo e Inmigración.

<sup>137</sup> Así, frente a 62.400 mujeres que busca empleo a tiempo parcial, sólo 28.600 hombres busca este tipo de jornada. EPA II TRIM. 2010.

## LEGISLACIÓN

gaciones personales o familiares (27,13% frente al 3,4% de los hombres)<sup>138</sup>.

Si a ello se añade que el número de hijos disminuye la tasa de empleo femenina -al contrario de lo que sucede en los varones-, que las distintas encuestas sobre uso del tiempo siguen indicando que las mujeres dedican un porcentaje considerablemente superior al de los varones a las labores de cuidado -como ya se ha expuesto-, o que las excedencias y reducciones de jornada son, igualmente, solicitadas mayoritariamente por las mujeres, no es difícil inferir que cualquier modificación unilateral de la jornada o tiempos de trabajo ha de tener una incidencia directa y mayor repercusión en el trabajo de las ellas, a las que de nuevo se dificulta, no ya únicamente su acceso al empleo, sino su permanencia en éste en condiciones de igualdad, sin dejar en el olvido -en este punto- también su repercusión en las posibilidades de seguir una carrera profesional, de promocionar<sup>139</sup>.

Por otra parte, se facilita también el descuelgue salarial por parte de las empresas, pudiendo inaplicar los incrementos salariales pactados en convenio, con una pérdida de poder adquisitivo para los trabajadores, y muy fundamentalmente para las trabajadoras, cuyos salarios ya eran considerablemente inferiores a los de sus compañeros masculinos durante la crisis. Con esto no sólo se atacan de manera frontal las capacidades y poder de la negociación colectiva, sino mucho más: la reforma se lleva por delante la viabilidad de la negociación colectiva, afectando de manera especial a las mujeres, que siguen manteniendo una brecha salarial de género en torno al 17'1% en relación con los salarios masculinos, motivada en parte por la segregación y alta segmentación del mercado de trabajo, con una ganancia media anual en el caso de los trabajadores hombres de 24.203 euros y de 18.910 euros para las mujeres, suponiendo la ganancia media de estas el 78'1% de la masculina<sup>140</sup>. En realidad, el salario de las mujeres es inferior en todas las actividades económicas: de hecho, el 8'1% de mujeres tenían en el año 2008 ingresos salariales iguales o menores al SMI, cuando en el caso de los varones sólo un 2'9% se encontraban en ese intervalo de salario.

Ante esta situación, la importancia de la negociación colectiva en aras a ir corrigiendo este tipo de desigualdades ha sido siempre fundamental e, inclusive, la propia Ley de Igualdad reconoce dicho papel. La falta de una mejora en los mecanismos de representación sindical en las empresas, teniendo en

cuenta que sólo se ha actuado sobre la posibilidad de intervenir en empresas sin representación pero sometiendo a un sistema que no llega a garantizar la intervención sindical, así como la pérdida de control judicial sobre esta materia, que queda reducida a los supuestos de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho, no hace sino incidir de nuevo y de manera trascendental en la desigualdad retributiva que vienen padeciendo las trabajadoras españolas: si hoy ya las empresas son reticentes a revisar las tablas salariales para intentar corregir la brecha salarial con sesgo de género, con esta modificación todavía se dificulta más el análisis y la valoración de un eje desagregado por sexo en materia de retribución, con lo que las discriminaciones salariales y desigualdades retributivas aumentarán en la medida en que esta reforma no se dirige a corregirlas, sino -más bien- a la posibilidad de que las empresas paguen menos salarios.

Finalmente, para cerrar este apartado, la posibilidad de suspensión del contrato cualquiera que sea el total de la plantilla afectada, así como la reducción de jornada por causas organizativas, técnicas y de producción entre un 10 y un 70%, contribuirá, sin duda, a un mayor empobrecimiento de las mujeres, al eliminarse los requisitos mínimos exigibles para acudir a estas medidas. De hecho, deberían haberse establecido mecanismos que pudieran paliar las pérdidas económicas que para trabajadores y trabajadoras suponen su aplicación, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto sobre las diferencias salariales de unos y otras.

#### - Movilidad geográfica.

A través del art. 4 de la Ley 35/2010 se modifica el art. 40.2 del ET, estableciendo:

*“2. El traslado a que se refiere el apartado anterior deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración **no superior a quince días**, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un período de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos:*

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*

<sup>138</sup> El 79'7% de las personas ocupadas a tiempo parcial por cuidar a personas dependientes son mujeres (datos de 2008), y el 53% de ellas alega no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de niños.

<sup>139</sup> En el fondo, como en la gran mayoría de las cuestiones referidas al trabajo de las mujeres, las modificaciones de jornadas o la distribución de los tiempos de trabajo han de relacionarse con la actual división sexual del trabajo, en la que las mujeres sufren una mayor vulnerabilidad, teniendo menor capacidad de reacción ante este tipo de contingencias. En el caso masculino, contribuirá a la perpetuación de roles patriarcales; en el de las mujeres, incluso a la pérdida del empleo ante las dificultades de una conciliación laboral y familiar todavía femenina.

## LEGISLACIÓN

b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

*Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”.*

Cuando finalice el período de consultas, que recordemos es tan sólo quince días, el empresario habrá de notificar a los trabajadores afectados su decisión sobre el traslado. La Autoridad Laboral, asimismo, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que se justifique por las consecuencias sociales o económicas de la medida, podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado, aunque nunca por más de seis meses. A la vez, contra las decisiones referidas podrá reclamarse en conflicto colectivo, sin perjuicio del ejercicio de acciones individuales, ya que la interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales que se hayan iniciado hasta que se resuelva. También se dispone que *“el empresario y la representación legal de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.»*

Esta otra medida también entendemos que ha de tener una importante repercusión para el empleo femenino. De nuevo, vuelve a ampliarse el poder empresarial, limitándose el período de consultas y negociación con quienes representan a trabajadores y trabajadoras a 15 días, con lo que se facilita el proceso de movilidad geográfica, cuya utilización se ha valorado y analizado como uno de los factores de discriminación por razón de género, al ser usado en numerosas ocasiones como mecanismo de expulsión indirecto de las trabajadoras embarazadas, que se encuentran obligadas a abandonar su puesto durante el período de crianza. De hecho, la tasa de movilidad masculina es de 14'27 y la femenina de 9'27, siendo el porcentaje de los que se mueven un 64,26% masculi-

no y un 35,75% femenino<sup>140</sup>. En realidad, y considerando lo ya tantas veces reiterado sobre los roles masculinos o femeninos en el seno de nuestra sociedad, la movilidad geográfica por motivos laborales sigue configurándose como uno de los aspectos donde la desigualdad en el trabajo entre hombres y mujeres es más evidente: ante un posible cambio de empleo con traslado de domicilio, los hombres lo plantean en el entorno doméstico y las mujeres siguen rehusando de manera mayoritaria al trabajo<sup>142</sup>.

#### La intermediación laboral de las empresas.

Entre las medidas introducidas por la LMRT más controvertidas se encuentran las relativas a los servicios de intermediación laboral: se pretende fomentar las oportunidades de acceder a un empleo por parte de las personas desempleadas posibilitando la colaboración público-privada en la materia. En el Capítulo IV de la Ley, en los arts. 14 a 18, se recogen medidas para la mejora de la intermediación laboral y la actuación de las empresas de trabajo temporal (ETT).

En este conjunto de medidas, sin embargo, no sólo se define el concepto de intermediación laboral, sino que se introduce una reforma de mayor calado para nuestro servicio de intermediación laboral: las agencias privadas de colocación, con o sin ánimo de lucro. El art. 14.2 establece que

*“A efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por agencias de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, bien como colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal”.*

A estas agencias, se otorgan competencias que van a afectar a las prestaciones por desempleo de los trabajadores y trabajadoras. También, de otro lado, son objeto de regulación las empresas de trabajo temporal, a las que se faculta para actuar en sectores que hasta ahora tenían vetados, como es el caso de las Administraciones Públicas o en ocupaciones que supusieran peligrosidad.

<sup>140</sup> Encuesta anual de Estructura Salarial. 2008 (últimos datos disponibles). INE. Junio 2010.

<sup>141</sup> Boletín de Datos Básicos de Movilidad (D.B.M.) correspondiente al tercer trimestre de este año. MTIN.

<sup>142</sup> Casi dos de cada tres contratos que implican desplazamiento son firmados por hombres. El perfil de los trabajadores que se desplazan es idéntico al de años anteriores: hombre en torno a los 32 años, con estudios secundarios, baja cualificación laboral y con empleos en Construcción, Agricultura y Hostelería. Datos correspondientes al año 2009. Fuente: DMB, Datos Básicos de Movilidad de los Trabajadores. Observatorio de las Ocupaciones del Servicio de Empleo Público Estatal. MTIN. Marzo 2010.

## LEGISLACIÓN

Aunque habrá que ver el desarrollo reglamentario de estas medidas, sin embargo, en su articulación queda esperar que el fomento de la intermediación laboral como negocio, que es lo que se plantea, no lleve aparejada una nueva forma de ahondar en las discriminaciones en el empleo que sufren las mujeres: sus menores porcentajes de inserción laboral o su segregación ocupacional en un mercado de trabajo cada vez más segmentado, no deberían suponer una mayor debilidad en lo que aparece ahora como negocio empresarial. La propia norma, en su art. 14.4, establece la obligatoriedad tanto de los servicios públicos de empleo, como de las entidades colaboradoras y agencias de colocación, de velar específicamente para evitar discriminaciones directas o indirectas en el acceso al empleo, considerando discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar, y siempre que este no sea la fuerza física.

Considerando lo anterior, el cumplimiento estricto del principio de igualdad debiera ser un presupuesto ineludible y verificable, por parte de las Administraciones Públicas, en el funcionamiento bien de las agencias, bien de las empresas de trabajo temporal. Igualmente, se requiere estar especialmente vigilantes ante la utilización por parte de las Administraciones Públicas de empresas de trabajo temporal para efectuar contrataciones temporales, ya que hasta ahora la inserción de las mujeres en el sector público se había producido en mejores condiciones debido, sobre todo, a que en éste se garantizaba en mayor medida el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso.

#### Medidas para favorecer el empleo de los jóvenes.

En el Capítulo III de la Ley se articulan una serie de medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas. Teniendo en cuenta que, en nuestro país, la tasa de paro juvenil prácticamente dobla a la media de la Europa de los 15, ascendiendo al 42'1% durante el segundo trimestre del 2010<sup>143</sup>, y que los jóvenes españoles perciben -como media- un 40% menos de salario que el resto de los trabajadores y trabajadoras a causa de sus pésimas condiciones laborales y de la temporalidad y precariedad de sus empleos que, además en gran medida casi nunca se adecúan a su formación, es

fácilmente entendible que éste se configure como otro de los aspectos de la reforma planteada por la LMRT que ha suscitado mayor interés<sup>144</sup>.

En ella se establecen bonificaciones a la contratación indefinida para distintos colectivos, entre los que se encuentran los jóvenes desempleados entre 16 y 30 años con especiales problemas de empleabilidad, aumentándose la bonificación si la contratación fuera a mujeres. Se prevén bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social en los contratos de formación y se modifica la regulación del contrato de trabajo en prácticas y del contrato para la formación. Respecto a este último se amplía su uso para jóvenes que carezcan de titulación o de certificado de profesionalidad requerido para poder concertar un contrato en prácticas, remitiendo la Ley a la negociación colectiva la fijación de criterios y procedimientos tendentes a "conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos". También, aún manteniendo la regla general de que el contrato debe formalizarse con jóvenes entre 16 y 21 años, se permite hasta el 31 de diciembre de 2011 su realización a menores de 25 años<sup>145</sup>. Para las empresas, el contrato está bonificado al 100% en las cuotas a la Seguridad Social durante toda su vigencia, si la contratación efectuada supone un incremento de la plantilla fija de las mismas, que -además- pueden financiar el coste de la formación teórica impartida establecida en la normativa que regula el sistema de formación profesional para el empleo.

En relación al contrato en prácticas, modificado por el art. 12.1 de la LRMT, podrá concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario, de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, o de certificado de profesionalidad, estableciéndose -lo que también se hace para el contrato de formación- de seis meses a dos años- se interrumpirá ante las "situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad": anteriormente esta posibilidad se dejaba para el acuerdo en sede de negociación colectiva. Del mismo modo, se establece que ningún trabajador o trabajadora podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por más de dos años en virtud a un mismo título o certificado de profesionalidad, aunque por otro lado, al considerarse como distinta titulación el grado, el máster y

<sup>143</sup> A día de hoy, en España, la tasa de paro juvenil en menores de 25 años es la más alta de la Unión Europea, siendo del 40'9% en el primer trimestre del 2010, cuando en la UE-27 era del 21'4%, y en la UE-15 del 20'6%. Asimismo, con datos del segundo trimestre de 2010, la tasa de paro de los menores de 30 años es del 31'9%, mientras que la de los menores de 25 años alcanza ya el 42'1%, lo que supone una enormidad.

<sup>144</sup> En realidad, el Gobierno ya había dado muestras anteriormente de su preocupación por este tema cuando presentó a los interlocutores sociales en el marco del Diálogo Social, el Plan Extraordinario de Empleo para los Jóvenes.

<sup>145</sup> Como indica el art. 12.2 LRMT.

## LEGISLACIÓN

el doctorado, una misma persona puede estar hasta 6 años en prácticas en la misma o distinta empresa<sup>146</sup>.

Así pues, y sin perjuicio de la valoración positiva de algunas medidas introducidas por la Ley 35/2010, como el aseguramiento del salario mínimo interprofesional en el segundo año para el contrato para la formación y una mayor protección social que, sin embargo, no alcanza a los alumnos y alumnas de talleres de empleo, escuelas taller y casas de oficio, lo cierto es que la regulación actual da pie a que se produzca un encadenamiento de contratos del cual sea difícil salir<sup>147</sup>. Por otro lado, aunque en principio es positivo que se haya recogido legalmente la suspensión del cómputo del plazo máximo de duración de los contratos formativos ante los períodos de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, acogimiento, lactancia, etc., que son permisos mayoritariamente adoptados por mujeres, sigue haciéndose imprescindible un mayor control en relación al cumplimiento de los objetivos de este tipo de contratos, para evitar que se conviertan simplemente en contratos precarios que se alargan más de lo necesario, y que de nuevo dejan a las jóvenes –en líneas generales, con mejor formación que los jóvenes- a merced de la inestabilidad.

## CONCLUSIÓN

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de traba-

jo, acaba de iniciar su andadura. A partir de este momento, será la doctrina, la jurisprudencia y, sobre todo, la práctica diaria en el marco de las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores, las que determinarán su eficacia para la creación de empleo en nuestro país, así como su incidencia en el trabajo de las mujeres. Quedan, por supuesto, otros aspectos aún por analizar desde la perspectiva de género como las bonificaciones a la contratación, los límites a las prestaciones salariales en especie, el sistema de formación para el empleo o la incidencia de la reforma en el trabajo de las mujeres andaluzas, entre otros.

Las mujeres, como se ha explicitado reiteradamente a lo largo del texto, se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad en nuestro mercado de trabajo y ésta ha de ser consecuentemente entendida y valorada frente a cualquier medida que pretenda incidir en éste. Sin haber podido analizar el informe de impacto de género que necesariamente había de acompañarla, habrá de ser, pues, el día a día el que nos indique si las medidas propuestas por el nuevo texto legal sirven para corregir una situación de desigualdad real en el mercado de trabajo -que puede considerarse tristemente endémica- y logren conseguir que la igualdad entre mujeres y hombres en el empleo y, por ende, en nuestra sociedad, deje de ser un sueño incumplido.

## REAL DECRETO 825/2010, DE 25 DE JUNIO, DE DESARROLLO PARCIAL DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO<sup>148</sup>

### Artículo 1. Objeto.

El presente real decreto tiene por objeto el desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, específicamente de lo dispuesto en sus artículos 13, cuarto, 16, y 17.

#### CAPÍTULO I

#### Comité clínico del artículo 15.c), de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo

### Artículo 2. Naturaleza y composición del comité clínico.

1. El comité clínico es un órgano colegiado de carác-

ter consultivo y naturaleza técnico-facultativa, designado por el órgano competente de cada Comunidad Autónoma, que interviene en el supuesto de interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, conforme a lo previsto en el artículo 15.c) de la Ley Orgánica 2/2010.

Su intervención confirmará o no el diagnóstico previo, de enfermedad extremadamente grave e incurable, del médico o médicos que hayan atendido a la mujer en el embarazo.

2. Existirá, al menos, en la red sanitaria pública, un

<sup>146</sup> Salvo que al ser contratado por primera vez mediante un contrato en prácticas, se estuviera ya en posesión del título superior de que se trate. Art. 12,1,1 c) de la LRMT.

<sup>147</sup> Se puede señalar, tan sólo, cómo también en materia de contratos formativos están presentes las diferencias de género: en el acumulado enero-septiembre de 2010, los varones son mayoritariamente beneficiarios de contratos de formación (21.596 frente a 16.943), en tanto que los contratos en prácticas se realizan más a las mujeres (18.583 frente a 16.186). Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales. Secretaría de Trabajo e Inmigración. MTIN. Octubre 2010.

<sup>148</sup> Este Real Decreto se ha publicado en el apartado Disposiciones generales del Boletín Oficial del Estado núm. 155, de 26 de junio de 2010, (<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/26/>), bajo la rúbrica del Ministerio de la Presidencia. No se reproduce en su totalidad: el texto completo puede ser consultado en varios formatos en [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-10153](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-10153).

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

comité clínico en cada Comunidad Autónoma. Podrán existir, además, otros comités en otros centros de dicha red sanitaria, a decisión de la Comunidad en base a criterios relacionados con la población, el número de especialistas ejercientes en su ámbito territorial, la óptima calidad asistencial de las intervenciones u otros criterios similares.

3. El comité o los comités, con la composición determinada en el artículo 16.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, serán designados por las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, entre los especialistas ejercientes en la red asistencial pública de las mismas.

La designación se publicará en el diario oficial de la Comunidad Autónoma y comprenderá a los miembros titulares del comité y, al menos, un suplente de cada uno de ellos.

El plazo de actuación del comité o comités clínicos será, como mínimo, de un año, pudiendo las Comunidades Autónomas establecer otro mayor.

4. La mujer gestante tiene derecho a elegir uno de los médicos especialistas o expertos mencionados en el artículo 16. 1, de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Si hace uso de su derecho, propondrá a las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma la designación de un médico, del sector público o del privado, de su elección.

**Artículo 3. Procedimiento de actuación y régimen de funcionamiento.**

1. La actuación del comité o los comités clínicos procederá, en el marco del procedimiento de autorización de la interrupción del embarazo, una vez que la mujer gestante cuenta con un diagnóstico previo de la enfermedad del feto.

A este efecto:

a) Una vez emitido el primer diagnóstico la mujer embarazada solicitará al órgano competente de la Comunidad Autónoma donde vaya a someterse a la intervención, que inicie la tramitación del expediente. Aquél asignará el caso, en un plazo máximo de 24 horas, al comité clínico que proceda, a fin de que se emita el correspondiente dictamen. En el comité se integrará el especialista que, en su caso, haya designado la mujer, que sustituirá al que determine, en cada caso y sin que requiera publicidad, la autoridad sanitaria.

b) El comité clínico deberá emitir su dictamen en un plazo máximo de 10 días, salvo que, motivadamente, se acredite que las pruebas diagnósticas o de otro tipo que deban practicarse requieran un plazo mayor.

c) Confirmado el diagnóstico por el comité, éste lo transmitirá, en el plazo de 12 horas, al órgano competente de la administración autonómica, a fin de que lo notifique, de manera inmediata, a la interesada

para que, en el caso de que desee continuar con el procedimiento, pueda llevarse a cabo la interrupción del embarazo, preferentemente, en un centro de la red sanitaria pública cualificado para realizar la interrupción en este supuesto. Dicho centro podrá pertenecer a la red sanitaria de cualquier Comunidad Autónoma, con independencia de aquella a la que figure adscrito el comité clínico.

d) En el caso de que el dictamen del comité resulte contrario al diagnóstico previo, lo transmitirá igualmente al órgano competente de la Comunidad Autónoma, que lo notificará a la interesada, poniendo en su conocimiento que no se encuentra en el supuesto legal que permite la práctica de la interrupción del embarazo.

2. A todos los efectos, los datos e informaciones de carácter personal, asistencial y clínico que puedan recabarse en el curso del procedimiento de autorización de la interrupción del embarazo en este supuesto, serán confidenciales y estarán sometidos al régimen de protección de la intimidad y confidencialidad de los datos y su tratamiento, previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

## CAPÍTULO II

**Información previa al consentimiento en la interrupción voluntaria del embarazo**

**Artículo 4. Información general.**

1. La información general referida en el artículo 17.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones legales para la interrupción, los centros públicos y privados acreditados, los trámites para acceder a la prestación y las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente, será facilitada por la autoridad competente de la Comunidad Autónoma o por los centros sanitarios acreditados en ésta para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, a todas las mujeres que lo soliciten.

Conforme prescribe el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, las Administraciones Públicas y los Centros referidos en el apartado anterior no procederán al tratamiento de dato alguno e informarán a las solicitantes acerca de que los datos identificativos de las pacientes a las que finalmente se les realice la prestación serán objeto de codificación y separados de los datos de carácter clínico asistencial relacionados con la interrupción del embarazo.

2. Además de por escrito, la información podrá ser prestada verbalmente, bien de forma directa, bien telefónicamente, o por medios electrónicos o telemá-

## LEGISLACIÓN

ticos, incluidas las páginas web de las consejerías y de los centros de los que se trate

**Artículo 5. Información previa al consentimiento en los supuestos de interrupción del embarazo previstos en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.**

1. En el caso de que la mujer inicialmente opte por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, además de recibir la información referida en el artículo anterior, se le hará entrega en cualquier centro sanitario público o privado acreditado para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de un sobre cerrado elaborado y editado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde vaya a practicarse la intervención.

2. El sobre tendrá el contenido establecido en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, e incluirá necesariamente información sobre:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

3. La imagen institucional de la administración sanitaria correspondiente figurará en el sobre, que contendrá tanto la información proporcionada por la Administración General del Estado como la correspondiente a la Comunidad Autónoma, ambas editadas por el órgano competente de ésta última.

En la parte frontal del sobre se especificará «Información sobre la IVE. Artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010», y llevará adherido un documento, que deberá poder separarse físicamente de éste, en el que se acreditará y certificará la fecha en que se entrega, así como una nota en caracteres suficientemente legibles del siguiente tenor literal: «La información contenida en este sobre puede ser ofrecida, además, verbalmente, si se solicita. Artículo 17.5 de la Ley Orgánica 2/2010».

Las restantes características físicas uniformes que deberá requerir el sobre, serán determinadas por las Comunidades Autónomas.

4. La información contenida en el sobre será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas

con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

5. El sobre habrá de ser entregado personalmente a la mujer gestante interesada. En ningún caso la información podrá ser facilitada telefónicamente o por medios electrónicos o telemáticos. Tampoco podrá ser enviada por correo.

6. A fin de garantizar la confidencialidad e intimidad de la mujer gestante, los registros o las bases de datos con fines estadísticos de los sobres entregados que lleven, en su caso, los órganos administrativos o los centros sanitarios públicos o privados acreditados no podrán recoger datos personales.

**Artículo 6. Información previa al consentimiento en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo previstos en el artículo 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.**

1. En el supuesto de interrupción voluntaria del embarazo prevista en el artículo 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, además de la información a que se refiere el artículo 4 de este real decreto y de acuerdo con el artículo 17.3 de la citada ley, se hará entrega a la mujer interesada de una información referente a los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como sobre la red de organizaciones sociales de asistencia social a dichas personas.

2. Esta información se entregará a la gestante en un sobre que especifique esta circunstancia –«Información sobre la IVE. Artículo 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010»–, y tendrá, por lo demás, los requisitos y características detalladas en el artículo anterior, salvo la necesidad de incorporar el dato relativo a la fecha en que se entrega.

**Artículo 7. Información común previa al consentimiento informado.**

En todos los supuestos de interrupción del embarazo previstos en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y con carácter inmediato y previo a la prestación del consentimiento por escrito, se habrá de informar a la mujer, preferentemente en forma verbal, en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y, específicamente, sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

**Artículo 8. Consentimiento informado de las mujeres de 16 ó 17 años. Información a los representantes legales.**

1. La mujer de 16 ó 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

cumplimiento del requisito de información previsto en el apartado Cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. El documento será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención.

2. En el caso de prescindir de esta información, cuando la mujer alegue las circunstancias previstas en el apartado Cuarto del citado artículo 13, el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social.

**Disposición adicional única. Información correspondiente a la Administración General del Estado.**

1. Por el Ministerio de Igualdad se recabará de los departamentos ministeriales competentes por razón de la materia la información relativa a las ayudas públicas y derechos vinculados al embarazo y a la maternidad, referidos en las letras a) hasta d) del artículo 5.2 de este real decreto, y se publicará en las páginas web de los Ministerios de Sanidad y Política Social y de Igualdad, para que esté a disposición de

los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, con el fin de que éstos procedan a su edición e incorporación al sobre cerrado a que se refiere el citado artículo 5, junto con la información correspondiente a la propia Comunidad Autónoma.

2. Igual procedimiento se seguirá en relación con la información sobre derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, a que se refiere el artículo 6 de este real decreto, a fin de que sea integrada en el sobre al que se refiere el mismo.

3. La información elaborada por el Ministerio de Igualdad, a que se refieren los dos apartados anteriores, se hará pública en las páginas web de los referidos Departamentos ministeriales el mismo día de la publicación de este real decreto en el Boletín Oficial del Estado, y será objeto de permanente actualización.

**Disposición final primera. Carácter básico.**

Las normas contenidas en este real decreto tienen carácter básico de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1, reglas 1.<sup>a</sup> y 16.<sup>a</sup>, de la Constitución.

**Disposición final segunda. Entrada en vigor.**

El presente real decreto entrará en vigor el día 5 de julio de 2010.

## REAL DECRETO 831/2010, DE 25 DE JUNIO, DE GARANTÍA DE LA CALIDAD ASISTENCIAL DE LA PRESTACIÓN A LA INTERRUPTIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO<sup>149</sup>

### Artículo 1. Objeto.

Este real decreto tiene por objeto establecer un marco básico que asegure la igualdad y calidad asistencial de la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y garantice a todas las mujeres por igual el acceso a la prestación, con independencia del lugar donde residan.

### Artículo 2. Competencias de gestión y organización de los servicios.

Los servicios públicos de salud en el ámbito de las competencias que les son propias, organizarán sus servicios de tal manera que se garantice la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en aquellos supuestos y con los requisitos necesarios que prevé la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

En todo caso, los servicios públicos de salud velarán por la disponibilidad de los recursos necesarios, incluyendo las técnicas diagnósticas urgentes para posibilitar la práctica de la interrupción voluntaria

del embarazo en los supuestos y condiciones legalmente establecidos.

### Artículo 3. Garantías básicas de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo por el Sistema Nacional de Salud.

1. La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma bajo alguna de las formas previstas en la legislación sanitaria, cualquiera que sea el régimen jurídico mediante el cual se articule esta vinculación.

2. Si, excepcionalmente, el servicio público de salud donde la mujer embarazada haya solicitado la asistencia no pudiera facilitar en tiempo la prestación, el citado servicio público de salud le reconocerá a la solicitante el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la presta-

<sup>149</sup> Esta norma ha sido publicada en el apartado Disposiciones generales del Boletín Oficial del Estado núm. 155, de 26 de junio de 2010 (<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/26/>), bajo la rúbrica del Ministerio de Sanidad y Política Social. No se reproduce en su totalidad: el texto completo puede ser consultado en varios formatos en [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-10154](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-10154).

## LEGISLACIÓN

ción. El reconocimiento del citado derecho y el compromiso de asumir el abono de la prestación se considerarán realizados tácitamente, si transcurrido un plazo de diez días naturales desde la solicitud de la prestación, la mujer solicitante no ha recibido del correspondiente servicio público de salud indicación del centro sanitario donde se realizará la prestación.

3. Cuando el servicio público de salud opte por facilitar la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo con medios ajenos, estos centros deberán estar acreditados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

### **Artículo 4. Acreditación de los centros sanitarios para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.**

1. Los centros o establecimientos públicos que cumplan con lo establecido por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y con los requisitos mínimos comunes contemplados en el anexo de este real decreto, quedarán acreditados automáticamente para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

2. De conformidad con las competencias que corresponden a las comunidades autónomas, la autoridad sanitaria responsable acreditará cada uno de los centros o establecimientos sanitarios privados que, cumpliendo con lo establecido en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y con los requisitos mínimos comunes contemplados en el anexo de este real decreto, lo soliciten.

3. Las autoridades sanitarias publicarán y mantendrán actualizadas las relaciones de los centros acreditados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

### **Artículo 5. Inspección y control de los centros sanitarios acreditados.**

1. Todos los centros acreditados se someterán a la inspección y control de las administraciones sanitarias competentes, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

2. La acreditación quedará condicionada al mantenimiento de los requisitos expresados en el artículo anterior y al efectivo cumplimiento de las condiciones necesarias de calidad asistencial de la prestación.

### **Artículo 6. Tratamiento de datos y protección de la intimidad y confidencialidad.**

1. Los centros o establecimientos públicos o privados acreditados conservarán la historia clínica y los dictámenes, informes y documentos que hayan sido precisos para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, así como el consentimiento expreso de la mujer embarazada.

2. Los centros que presten la interrupción voluntaria del embarazo garantizarán la intimidad de las mujeres y la confidencialidad del tratamiento de sus datos

de carácter personal, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

### **Artículo 7. Emisión de dictámenes preceptivos.**

En los supuestos en que la interrupción voluntaria del embarazo se practique por la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, los dictámenes emitidos con carácter previo por especialistas distintos del que practique o dirija la intervención deberán ir acompañados de las pruebas diagnósticas que, en cada caso, fundamenten el dictamen.

### **Disposición adicional primera. Información de centros acreditados.**

Las comunidades autónomas informarán al Ministerio de Sanidad y Política Social de los centros que se acrediten conforme a lo previsto en el artículo 4 de este real decreto.

### **Disposición adicional segunda. Evaluación de costes.**

En cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de este real decreto, el Gobierno elaborará un informe sobre el coste económico de los servicios y prestaciones públicas reguladas en dicha ley orgánica, adoptando, en su caso, las medidas necesarias de conformidad con lo dispuesto en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

### **Disposición transitoria única. Plazo de adaptación y nueva acreditación.**

Los centros o establecimientos sanitarios privados que, a la entrada en vigor de este real decreto, estén acreditados para la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo deberán adecuarse, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor del mismo, a las condiciones establecidas en esta norma y solicitar una nueva acreditación a la autoridad sanitaria competente, que deberá resolver de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los centros o establecimientos sanitarios privados que hayan solicitado la nueva acreditación prevista en el párrafo anterior, podrán seguir realizando las actividades para las que hubiesen sido acreditados, conforme a las normas vigentes antes de la entrada en vigor de este real decreto, hasta que la autoridad sanitaria competente resuelva la solicitud de nueva acreditación.

### **Disposición derogatoria única. Derogación normativa.**

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en este

## LEGISLACIÓN

real decreto y, en particular, el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

**Disposición final primera. Título competencial y carácter básico.**

Las normas contenidas en este real decreto tienen carácter básico y se dictan al amparo del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad.

**Disposición final segunda. Habilitación normativa.**

Se habilita a la Ministra de Sanidad y Política Social para dictar cuantas disposiciones requieran la definición y aplicación de lo establecido en este real decreto, sin perjuicio de las competencias de desarrollo y ejecución que ostentan las comunidades autónomas.

**Disposición final tercera. Entrada en vigor.**

El presente real decreto entrará en vigor el día 5 de julio de 2010.

**EL PRIMER DESARROLLO NORMATIVO ESTATAL GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: COMENTARIO A LOS REALES DECRETOS 825/2010 Y 831/2010, DE 25 DE JUNIO**

El Real Decreto 831/2010, de garantía de calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo, atiende al desarrollo reglamentario que garantice la aplicación uniforme de la Ley Orgánica 2/2010 en todo el territorio del Estado. En él se afirma la garantía de la prestación, si no es posible en la Comunidad Autónoma de residencia, en otra que será abonada por la de origen.

Entre otros elementos destacables de esta norma, se encuentra que los centros deberán acreditarse conforme las exigencias contenidas en la Ley Orgánica 2/2010 y las autoridades sanitarias crearán un registro de estos centros, que deberán ser inspeccionados periódicamente, y mantener las exigencias legales para su permanencia. Del mismo modo, se establece que todos los centros acreditados deberán conservar los historiales clínicos de manera que se garantice la intimidad de las mujeres y el Anexo que contiene el Real Decreto se regulan los requisitos de estos centros. Finalmente, se indica que los dictá-

menes que se elaboren acerca de la idoneidad de la interrupción voluntaria del embarazo, deberán ir acompañados de las correspondientes pruebas diagnósticas.

Por otra parte, el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, desarrolla algunos aspectos de la Ley Orgánica 2/2010 en referencia al funcionamiento del comité clínico y a la prestación del consentimiento de la mujer. En cuanto al segundo aspecto, la prestación del consentimiento se realiza en tres fases: la primera es de información general sobre los métodos de interrupción, los centros y sus condiciones, los trámites: la segunda se refiere a las ayudas públicas vinculadas al embarazo y a la maternidad y, finalmente, la tercera a la intervención en sí misma.

En cuanto al Comité clínico, es un órgano colegiado de naturaleza técnico-facultativa designado por el órgano competente en cada Comunidad Autónoma, para los casos de enfermedad grave del feto. El número de comités de cada Comunidad Autónoma dependerá de su propia decisión, siendo imprescindible que exista al menos uno. Su duración será de al menos un año y, en relación a su funcionamiento, requiere el diagnóstico de enfermedad grave del feto: emitirá un dictamen en el plazo máximo de 10 días, comunicándose la decisión, favorable o contraria al aborto, a la madre.

Respecto de la información previa al aborto para la mujer, a que hace referencia la Ley Orgánica 2/2010, deberá entregarse por escrito conteniendo al menos la siguiente información: ayudas a las mujeres embarazadas y servicios sanitarios; derechos laborales de las mujeres embarazadas; centros informativos de contracepción y sexo seguro y datos de centros de información a la mujer. Dicha información ha de ser clara, objetiva y comprensible, confidencial y de entrega directa, sin que sea posible enviarla por correo o darla telefónicamente.

En el caso de las mujeres embarazadas de 16 ó 17 años, en los casos en que no sea posible la firma del representante legal, el médico deberá apreciar por escrito y con la firma de la mujer, que sus alegaciones son fundadas o, en su caso, solicitar informes psiquiátricos, psicológicos o de profesionales de trabajo social. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

## LEGISLACIÓN

## DECRETO 275/2010, DE 27 DE ABRIL, POR EL QUE SE REGULAN LAS UNIDADES DE IGUALDAD DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA<sup>150</sup>

El Estatuto de Autonomía para Andalucía recoge en su artículo 10.2 como objetivo básico de la Comunidad autónoma «propiciar la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquélla en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social». De igual forma garantiza, en el artículo 15, «la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos», y en el artículo 73.1, b), atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de políticas de género que, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1 de la Constitución, incluye de acuerdo con el apartado a), la promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos.

La Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, tiene como objetivo, según su artículo 1, hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, y en el artículo 5 regula la transversalidad de género, emplazando a los poderes públicos a potenciar «que la perspectiva de la igualdad de género esté presente en la elaboración, ejecución y seguimiento de las disposiciones normativas, de las políticas en todos los ámbitos de actuación, considerando sistemáticamente las prioridades y necesidades propias de las mujeres y de los hombres, teniendo en cuenta su incidencia en la situación específica de unas y otros, al objeto de adaptarlas para eliminar los efectos discriminatorios y fomentar la igualdad de género».

Como corolario de estas previsiones legales, el artículo 60.1 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, crea las Unidades de Igualdad de Género en todas las Consejerías de la Junta de Andalucía, con el fin de impulsar, coordinar e implementar la perspectiva de género en la planificación, gestión y evaluación en sus respectivas políticas. Y en el apartado 2, se recoge que cada Consejería encomendará a uno de sus órganos directivos las funciones de las Unidades de Igualdad de Género en los términos que se establezcan reglamentariamente. Asimismo, el apartado 3 establece que la Administración de la Junta de Andalucía garantizará el asesoramiento y la forma-

ción de su personal en materia de igualdad de género para implementar eficazmente las políticas públicas con perspectiva de género.

La Junta de Andalucía impulsa las políticas de igualdad de oportunidades dotando a las Consejerías y, en su caso, a las agencias administrativas y agencias de régimen especial de una estructura de apoyo estable, con la creación de las Unidades de Igualdad de Género, para consolidar el proceso de implantación de la integración de la perspectiva de la igualdad de género en Andalucía.

El presente Decreto viene a desarrollar lo previsto en el artículo 60 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, regulando las Unidades de Igualdad de Género, que se conciben como un instrumento, para favorecer y abrir nuevas vías para la integración efectiva del objetivo de la igualdad de mujeres y hombres en el diseño, desarrollo, seguimiento y evaluación de la práctica administrativa de la Administración de la Junta de Andalucía.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía y por la disposición final primera de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 27 de abril de 2010,

DISPONGO

### Artículo 1. Objeto.

El objeto del presente Decreto es regular las Unidades de Igualdad de Género, creadas por el artículo 60.1 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía como unidades administrativas que se constituyen para la integración del principio de igualdad de género en el conjunto de las actuaciones y normas emanadas de la Administración de la Junta de Andalucía.

### Artículo 2. Ámbito y finalidad.

1. De conformidad con el artículo 60.1 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, las Unidades de Igualdad de Género, tienen como fin impulsar, coordinar e implementar la perspectiva de género en la planificación, gestión y evaluación de las políticas desarrolladas por la respectivas Consejerías.

<sup>150</sup> BOJA núm. 92, de 13 de mayo de 2010.

## LEGISLACIÓN

2. Asimismo, podrán existir Unidades de Igualdad de Género en las agencias administrativas y agencias de régimen especial de la Junta de Andalucía, para dar cumplimiento en su ámbito de actuación a la finalidad y a las funciones previstas en el presente Decreto.

**Artículo 3. Designación de Unidades de igualdad de género.**

1. Las personas titulares de las Consejerías designarán el órgano directivo que asumirá las funciones de las Unidades de Igualdad de Género de entre aquellos que ejerzan funciones de carácter horizontal o transversal.

2. Asimismo, las personas titulares de las Consejerías podrán crear Unidades de Igualdad de Género en sus agencias administrativas y agencias de régimen especial. En caso de no implantarse, serán las Unidades de la Consejería a la que estén adscritas quienes asuman sus funciones.

3. Las Unidades de Igualdad de Género estarán integradas por personal técnico con formación en materia de género y de igualdad de oportunidades.

**Artículo 4. Funciones.**

Las Unidades de Igualdad de Género de las Consejerías o, en su caso, de las agencias administrativas o agencias de régimen especial, ejercerán cuantas funciones resulten necesarias para el cumplimiento de sus fines y, en especial, las siguientes:

- a) Asesorar a los órganos competentes de la Consejería en la elaboración del informe de evaluación del impacto por razón de género, previsto en el artículo 6 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.
- b) Llevar a cabo el seguimiento, evaluación del desarrollo y cumplimiento del Plan Estratégico para la Igualdad de mujeres y hombres establecido por el artículo 7 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, sin perjuicio de las funciones que, a tales efectos, correspondan a otros órganos.
- c) Recibir las estadísticas oficiales de su Consejería y de sus entidades instrumentales, y realizar el análisis, seguimiento y control de los datos desde la dimensión de género.
- d) Impulsar la formación y sensibilización del personal de la Consejería o entidades instrumentales en relación al alcance y significado del principio de igualdad de oportunidades, mediante la formulación de propuestas de acciones formativas.
- e) Asesorar, en la elaboración de los planes de igualdad regulados en el artículo 32 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, que se proyecten en su respectivo ámbito de actuación por la Administración de la Junta de Andalucía, así como colaborar en la evaluación de dichos planes y favorecer la elaboración de medidas correctoras.
- f) Impulsar y apoyar el desarrollo de medidas de con-

ciliación de la vida laboral, familiar y personal de las mujeres y hombres que se adopten desde la Consejería competente en materia de función pública.

g) Realizar la asistencia técnica al personal y órganos de la Consejería y de sus entidades instrumentales en relación a la aplicación de las políticas de igualdad, y especialmente en el seguimiento de la publicidad institucional.

h) Colaborar con el Instituto Andaluz de la Mujer al objeto de garantizar la adecuada cooperación en la coordinación de las actuaciones en materia de igualdad de mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional única, de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.

i) En general, velar por la aplicación efectiva del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

**Artículo 5. Formación del personal adscrito a las Unidades.**

Con el fin de desarrollar eficazmente sus funciones, el personal adscrito a las Unidades de Igualdad de Género recibirá formación especializada en materia de género y de igualdad de oportunidades a través del Instituto Andaluz de Administración Pública y del Instituto Andaluz de la Mujer.

**Disposición adicional primera. Unidad de igualdad de género del Instituto Andaluz de la Mujer.**

1. Se crea la Unidad de igualdad de género del Instituto Andaluz de la Mujer con el fin de apoyar a la Administración de la Junta de Andalucía para implementar y consolidar el proceso de implantación de la transversalidad de género en Andalucía.

2. Además de las funciones previstas en el artículo 4, desarrollará las siguientes:

- a) Coordinar las Unidades de Igualdad de Género existentes en la Administración de la Junta de Andalucía.
- b) Asesorar a las Unidades de Igualdad de Género en el desarrollo de las funciones que tienen asignadas, y realizar actividades de intercambio y transferencia de experiencias de integración del enfoque de género.

**Disposición adicional segunda. Igualdad de género en las páginas web de la Administración de la Junta de Andalucía.**

Para favorecer la incorporación de la dimensión de género en el ámbito de actuación de la Administración de la Junta de Andalucía, en las páginas web de todas las Consejerías y, en su caso, de las agencias administrativas y agencias de régimen especial, se implantarán secciones específicamente dedicadas a facilitar la documentación, información y recursos de apoyo existentes, generados por la respectiva Unidad de Igualdad de Género.

**Disposición adicional tercera. Implantación Efectiva de las Unidades de Igualdad de Género.**

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

1. En el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente al de la entrada en vigor del presente Decreto, deberá procederse a la designación de los órganos directivos a los que se encomendarán las funciones de las Unidades de Igualdad de Género de cada una de las Consejerías de la Administración de la Junta de Andalucía.

2. La facultad de crear Unidades de Igualdad de Género en las agencias administrativas y agencias de régimen especial existentes de la Administración de la Junta de Andalucía, se ejercerá en el plazo máximo

de un año, a contar desde el día siguiente al de la entrada en vigor del presente Decreto.

**Disposición final primera. Desarrollo y ejecución.**

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo establecido en el presente Decreto.

**Disposición final segunda. Entrada en vigor.**

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

## DECRETO 298/2010, DE 25 DE MAYO, POR EL QUE SE CREA EL OBSERVATORIO ANDALUZ DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SE REGULA SU COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO<sup>151</sup>

La violencia de género supone una manifestación de la desigualdad en la que viven las mujeres en todo el mundo y representa una clara conculcación de los derechos humanos, un serio obstáculo para el desarrollo humano y una manifestación de las relaciones históricas desiguales entre hombres y mujeres.

El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, consciente de que la violencia de género es un obstáculo para el pleno desarrollo de las mujeres y de la sociedad, ha impulsado importantes políticas públicas para su erradicación y ha promovido la igualdad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en el que se reconoce el derecho de las mujeres a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas.

Por su parte, el artículo 73.2 del texto estatutario dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración central. Igualmente, establece que la Comunidad Autónoma podrá establecer medidas e instrumentos para la sensibilización sobre la violencia de género y para su detección y prevención, así como regular servicios y destinar recursos propios para conseguir una protección integral de las mujeres que han sufrido o sufren este tipo de violencia.

La Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, responde al desarrollo específico de las estrategias contra la violencia de género marcadas en el Estatuto de Autonomía, e incorpora en su articula-

do la experiencia acumulada en nuestra Comunidad Autónoma en el desarrollo de planes de acción para avanzar en la erradicación de esta lacra social.

Esta Ley integral, transversal y multidisciplinar incorpora el objetivo de la erradicación de la violencia como un eje que recorre todas las políticas públicas andaluzas, atendiendo no solo a las consecuencias sino de forma especial a las causas que la provocan.

La violencia de género es un fenómeno extremadamente complejo, que requiere para su erradicación una importante labor investigadora que permita conocer la dimensión real de los diferentes aspectos sociales del fenómeno al que nos enfrentamos. Con este objetivo se hace preciso seguir fomentando desde el sector público una labor de reconocimiento permanente que se centre en las causas que originan el fenómeno de la violencia de género, así como en sus consecuencias, los factores de riesgo y su prevalencia social, para poder afrontarlas adecuadamente y preparar estrategias de prevención.

Con este propósito, la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, regula las actuaciones dirigidas a la investigación, sensibilización y prevención de la violencia de género en Andalucía, fomentando en su articulado aquellos estudios y líneas de investigación necesarias que permitan avanzar en el conocimiento de las causas, características y consecuencias de la violencia de género.

De esta forma, en el artículo 7 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, se determina que la Consejería competente en materia de igualdad desarrollará los instrumentos específicos necesarios para observar y evaluar la efectividad de las medidas destinadas a la

<sup>151</sup> BOJA núm. 116, de 15 de junio de 2010.

## LEGISLACIÓN

prevención y erradicación de la violencia de género. La realidad cambiante y compleja de la violencia contra las mujeres hace necesario crear un órgano que permita la observación sistemática del entorno, que haga más accesible los recursos públicos existentes en violencia de género y que proponga mejoras de actuación en la labor de los poderes públicos.

Por ello, y en base al citado artículo 7 de la Ley 13/2007 de 26 de noviembre, se crea el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género, como órgano colegiado de ámbito autonómico encargado de analizar la magnitud del fenómeno de la violencia de género, y su evolución, la evaluación del impacto, mediante indicadores homogéneos y los resultados de las políticas públicas que se desarrollen para actuar de forma eficaz ante este tipo de violencia. Igualmente será un órgano que avance hacia una mayor coordinación multisectorial, y más efectividad en la prevención integral, sirviendo para obtener un asesoramiento permanente en el diseño de estrategias de intervención, formación, participación y difusión contra la violencia de género.

En su virtud, de conformidad con lo previsto en la disposición final primera de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 25 de mayo de 2010,

DISPONGO

### Capítulo I Disposiciones generales

#### Artículo 1. Objeto.

El presente Decreto tiene por objeto crear el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género y regular sus funciones, composición, organización y funcionamiento.

#### Artículo 2. Naturaleza y adscripción.

1. El Observatorio Andaluz de la Violencia de Género es un órgano colegiado, de composición interdepartamental, con participación administrativa y social, y con funciones asesoras y de investigación en materia de violencia de género en Andalucía.

2. El Observatorio Andaluz de la Violencia de Género estará adscrito a la Consejería con competencia en materias de igualdad a través del órgano directivo competente en materia de violencia de género.

#### Artículo 3. Funciones del Observatorio Andaluz de la Violencia de Género.

Para el cumplimiento de sus fines, el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género tendrá atribuidas las siguientes funciones, que le son propias:

a) Actuar como órgano de recogida, análisis y difusión de información relativa a la violencia de género, procedente de las Administraciones Públicas andaluzas y otras entidades públicas y privadas, con competencias en materia de violencia de género.

b) Establecer mecanismos de observación y análisis de la evolución de la violencia de género, mediante la creación de un sistema de indicadores homogéneos para su evaluación, con el mayor grado de segregación posible, que incluya sistemáticamente la variable sexo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

c) Formular recomendaciones y propuestas tendentes a mejorar los sistemas de información relacionados con la violencia de género, así como procedimientos integrados para la gestión de la violencia de género, con el objeto de mejorar la oferta de recursos para la prevención y eliminación de este fenómeno.

d) Elaborar informes, estudios de investigación específicos y estadísticas sobre la violencia de género, con el fin de conseguir un diagnóstico lo más preciso posible sobre el fenómeno de la violencia de género, así como examinar las buenas prácticas para contribuir a su erradicación. Los informes, estudios y propuestas considerarán de forma especial la situación de las mujeres con mayor riesgo de sufrir violencia de género que tengan otras problemáticas añadidas, tales como enfermedad mental, prostitución, mujeres inmigrantes, discapacidad, mayores sin recursos y mujeres con problemas de adicción. En cualquier caso, los datos contenidos en dichos informes, estudios y propuestas se consignarán con el mayor grado de desagregación posible, incluyendo la variable sexo.

e) Asesorar en materia de violencia de género a la Administración de la Junta de Andalucía y demás instituciones implicadas en esta materia en el ámbito de Andalucía, así como constituir un foro de intercambio y comunicación sobre violencia de género, entre organismos públicos y la sociedad andaluza en general.

f) Proponer la adopción de medidas tendentes a prevenir y erradicar la violencia de género y a mejorar la situación de las mujeres víctimas de la misma a la Comisión Institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género.

g) Participar y mantener relaciones de cooperación y colaboración con otras instituciones, organismos y órganos autonómicos, nacionales e internacionales similares, fomentando y promoviendo encuentros entre profesionales y personas expertas en violencia de género.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

h) Colaborar en las campañas de sensibilización social llevadas a cabo por la Administración de la Junta de Andalucía en materia de violencia de género.

i) Redactar anualmente una memoria sobre las actividades realizadas por el Observatorio, en la que se incluirán las recomendaciones que considere oportunas sobre las actuaciones a desarrollar en el futuro.

j) Realizar cuantas actuaciones le sean encomendadas para el mejor cumplimiento de sus objetivos.

**Artículo 4. Estructura.**

El Observatorio Andaluz de la Violencia de Género funcionará en Pleno y en Comisión Permanente.

**Artículo 5. Grupos de Trabajo.**

1. El Pleno del Observatorio Andaluz de la Violencia de Género podrá acordar la creación de grupos de trabajo, con carácter permanente o para cuestiones puntuales, previa aprobación de la mayoría de votos emitidos.

2. El acuerdo de creación de cada grupo de trabajo deberá especificar su composición, las funciones que se le atribuyan y, en su caso, el plazo para su consecución. A estos grupos de trabajo podrán incorporarse, con voz, pero sin voto, personas expertas en razón de sus funciones, dedicación o conocimientos, en función de los temas que en ellos se traten.

3. Las conclusiones a la que lleguen los grupos deberán ser elevadas a la Comisión Permanente para su aprobación.

**Artículo 6. Medios materiales.**

La Consejería con competencias en materia de igualdad dotará al Observatorio Andaluz de la Violencia de Género de los medios materiales y personales necesarios para facilitar el efectivo funcionamiento y la eficacia en la gestión.

**Capítulo II Del Pleno****Artículo 7. Composición.**

1. El Pleno del Observatorio Andaluz de la Violencia de Género estará integrado por una Presidencia, una Vicepresidencia, las Vocalías y una Secretaría y se respetará la representación equilibrada de mujeres y hombres de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.2 de la Ley 9/2007, de 22 de noviembre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

2. A las sesiones del Pleno podrán asistir, con voz pero sin voto, personas expertas que, en razón de sus funciones, dedicación o conocimientos, sean convocadas por la Presidencia.

**Artículo 8. Presidencia, Vicepresidencia y Secretaría**

1. Ejercerá la Presidencia del Observatorio Andaluz de Violencia de Género la persona titular de la Consejería con competencia en igualdad.

2. Ejercerá la Vicepresidencia del Observatorio Andaluz de Violencia de Género, la persona titular

del órgano directivo con competencias en violencia de género, que sustituirá a la Presidencia en caso de vacante, ausencia o enfermedad.

3. La secretaría del Observatorio Andaluz de la Violencia de Género se ejercerá por una persona que tenga la condición de funcionaria adscrita a la Consejería con competencias en materia de igualdad, con nivel orgánico de jefatura de servicio, nombrada por la persona titular de la Presidencia del Observatorio, y que actuará con voz pero sin voto.

En los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otras causas justificadas, la persona que ejerza la secretaría podrá ser sustituida por otra con la misma cualificación y requisitos de su titular, nombrada, asimismo, por la persona titular de la Presidencia del Observatorio, por el tiempo que se produzca la situación que da origen a la sustitución.

**Artículo 9. Vocalías.**

1. Ostentarán las Vocalías del Observatorio personas en representación de órganos directivos de la Administración de la Junta de Andalucía y otras entidades públicas y privadas, con experiencia en el desempeño de alguna de las labores de sensibilización, prevención, atención, asistencia y recuperación de las víctimas de violencia de género.

2. Desempeñarán las vocalías:

a) Una persona en representación de cada una de las siguientes Consejerías o y entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía con rango de, al menos, Director o Directora General:

- Consejería competente en materia de economía.
- Consejería competente en materia de gobernación y justicia.
- Consejería competente en materia de educación.
- Consejería competente en materia de hacienda y administración pública.

- Consejería competente en materia de empleo.

- Consejería competente en materia de salud.

- Instituto Andaluz de la Mujer.

- Instituto Andaluz de la Juventud.

- Instituto de Estadística de Andalucía.

- Centro de Estudios Andaluces

- Consejo Audiovisual de Andalucía.

b) Dos personas en representación de las Entidades Locales designadas por la asociación de municipios y provincias de ámbito andaluz más representativa.

c) Una persona en representación de cada una de las siguientes entidades:

- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

- Fiscalía Superior de Andalucía.

- Delegación del Gobierno de España en Andalucía.

- Consejo Andaluz de Colegios de Abogados.

- Colegios de psicólogos y psicólogas de Andalucía

## LEGISLACIÓN

oriental y Andalucía occidental, pudiendo establecer régimen de rotación entre ellos para la designación de la persona que los represente.

- Colegios de trabajadores sociales de Andalucía.
- Consejo Andaluz de Colegios de Médicos.
- Consejo Andaluz de Enfermería.
- d) Diez personas representantes de los agentes sociales y económicos, organizaciones y asociaciones cívicas, que se distribuirán de la siguiente forma:
  - Tres personas representantes de las asociaciones andaluzas de mujeres con mayor implantación en Andalucía y amplia experiencia en las labores de sensibilización, prevención, atención, asistencia y recuperación de las víctimas de violencia de género.
  - Dos personas representantes de las organizaciones sindicales más representativas de Andalucía.
  - Una persona representante de la organización empresarial más representativa de Andalucía.
  - Una persona representante de organizaciones de personas con discapacidad en Andalucía.
  - Una persona representante de las organizaciones que trabajan en el ámbito de la inmigración en Andalucía.

e) Dos personas expertas en materia de violencia de género designadas por la Presidencia del Observatorio Andaluz de la Violencia de Género.

3. Las personas que ocupan las vocalías serán nombradas por el plazo de cuatro años prorrogables, por la Presidencia del Observatorio Andaluz de la Violencia de Género, a propuesta de la Consejería o entidad que representen.

4. El Reglamento interno de funcionamiento establecerá el régimen de sustituciones, suplencias y cese de las personas que desempeñen la Vicepresidencia y las Vocalías por vacante, ausencia o enfermedad.

### Artículo 10. Funciones.

Para el cumplimiento de sus fines, el Pleno del Observatorio Andaluz de la Violencia de Género tendrá atribuidas las funciones previstas en el artículo 3 del presente Decreto para el Observatorio.

### Artículo 11. Funcionamiento.

1. El Pleno se reunirá en sesión ordinaria, una vez al año y, en sesión extraordinaria, a iniciativa de la Presidencia o cuando lo solicite, al menos, la mitad de sus miembros.

2. Las sesiones serán convocadas por la Presidencia, al menos, con 30 días de antelación, salvo por razones de urgencia, en cuyo caso el plazo podrá reducirse a diez días. Las sesiones se regirán por lo dispuesto en el Reglamento interno de funcionamiento del Observatorio y, en su defecto, por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley

9/2007, de 22 de noviembre, de la Administración de la Junta de Andalucía

### Capítulo III De la Comisión permanente

#### Artículo 12. Composición.

1. La Comisión permanente es el órgano ejecutivo del Observatorio y estará constituido por una presidencia, hasta quince vocalías y una secretaria, y en su composición se respetará la representación equilibrada de hombres y mujeres.

2. La presidencia de la Comisión permanente corresponderá a la persona titular del órgano directivo con competencias en violencia de género, que ejerce la vicepresidencia en el pleno del Observatorio.

3. En todo caso, formarán parte de la Comisión permanente las siguientes vocalías, elegidas de entre las que formen parte del Pleno:

a) Una persona que represente a la Consejería con competencias en materia de justicia, con especialización en violencia de género.

Podrán asistir, previa convocatoria, a las reuniones de la Comisión Permanente, las personas que representen al resto de Consejerías, cuando en el orden del día figuren asuntos de su competencia.

b) Una persona en representación de la Delegación del Gobierno de España en Andalucía.

c) Una persona en representación del Instituto Andaluz de la Mujer.

d) Una persona en representación de los Ayuntamientos.

e) Una persona en representación del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

f) Una persona en representación de la Fiscalía Superior de Andalucía.

g) Una persona en representación de las organizaciones empresariales.

h) Una persona en representación de las organizaciones sindicales que formen parte del pleno, pudiendo establecerse un sistema de rotación entre las mismas.

i) Dos personas en representación de las asociaciones andaluzas de mujeres con mayor implantación en Andalucía y amplia experiencia en las labores de sensibilización, prevención, atención, asistencia y recuperación de las víctimas de violencia de género que formen parte del pleno, pudiendo establecerse un sistema de rotación entre las mismas.

j) Una persona en representación del resto de asociaciones que formen parte del pleno, pudiendo establecerse un sistema de rotación entre las mismas.

4. Las personas que ocupen las vocalías en la Comisión Permanente deberán ser designadas por el organismo al que representen.

5. La secretaria con voz pero sin voto corresponderá a la persona titular de la secretaria del Pleno del Observatorio.

**ARTÍCULO 14****LEGISLACIÓN****Artículo 13. Funciones.**

A la Comisión Permanente le corresponderá las siguientes funciones:

- a) El seguimiento ordinario de las funciones encomendadas al Observatorio de la Violencia de Género.
- b) Velar por el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el Pleno.
- c) Coordinar los grupos de trabajo.
- d) Elevar informes y propuestas al Pleno.
- e) Cuantos cometidos le sean delegados o asignados por el Pleno, a excepción de la función recogida en el artículo 3.i).

**Artículo 14. Funcionamiento.**

La Comisión permanente celebrará, al menos, tres sesiones ordinarias al año y podrá reunirse en sesión extraordinaria a iniciativa de la presidencia o cuando lo solicite, al menos, la mitad de sus miembros.

**Capítulo IV Régimen jurídico e indemnizaciones****Artículo 15. Régimen jurídico.**

El Observatorio Andaluz de la Violencia de Género se regirá por lo dispuesto en este Decreto y en su Reglamento interno de funcionamiento así como por lo dispuesto para los órganos colegiados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

**Artículo 16. Indemnizaciones.**

1. La condición de miembro del Observatorio Andaluz de la Violencia de Género no dará derecho a percibir retribución económica alguna por parte de la Administración de la Junta de Andalucía, salvo lo dispuesto en los apartados siguientes.

2. Las personas que integran el Observatorio Andaluz de Violencia de Género ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía y a los organismos autónomos o agencias administrativas percibirán las dietas e indemnizaciones que, por razón de su asistencia a las

sesiones, les correspondan conforme a la Disposición Adicional Sexta del Decreto 54/1989, de 21 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio de la Junta de Andalucía.

3. Estas indemnizaciones podrán asimismo abonarse a las personas ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos o agencias administrativas que, no formando parte del Observatorio, sean invitadas ocasionalmente a asistir a sus reuniones.

**Disposición adicional única. Constitución del Observatorio.**

El Observatorio Andaluz de la Violencia de Género se constituirá en el plazo máximo de dos meses contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto.

**Disposición derogatoria única.**

Quedarán derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en el presente Decreto.

**Disposición final primera. Reglamento interno de funcionamiento.**

En el plazo de cuatro meses a partir de la constitución del Observatorio Andaluz de la violencia de género, este en Pleno aprobará su propio Reglamento interno de funcionamiento, en los términos regulados en el artículo 91.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

**Disposición final segunda. Desarrollo y ejecución.**

Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para llevar a cabo cuantas disposiciones sean necesarias en desarrollo y ejecución de lo establecido en este Decreto.

**Disposición final tercera. Entrada en vigor.**

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN<sup>152</sup>

## UNIÓN EUROPEA

- Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo<sup>153</sup>.
- Decisión del Consejo de 8 de junio de 2010 dirigida a Grecia, con objeto de reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria y de formular una advertencia a Grecia a fin de que adopte las medidas para la reducción del déficit, considerada necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo<sup>154</sup>. Artículo 2.2 b).
- Decisión del Consejo de 24 de junio de 2010 relativa a la celebración por parte de la Unión Europea del Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA)<sup>155</sup>. Artículo XI letra C).
- Decisión del Consejo de 12 de julio de 2010 por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal<sup>156</sup>.
- Decisión del Consejo de 26 de julio de 2010 por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior<sup>157</sup>. Considerando (10), Artículo 6 apartados 6 y 8.
- Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo de 11 y 23 de noviembre, 14 de diciembre de 2009, 19 de abril de 2010 y 5 de julio de 2010, por la que se modifican las Medidas de aplicación del Estatuto de los diputados al Parlamento Europeo<sup>158</sup>. Artículo 1 apartados 1 (artículo 3 de las Medidas de aplicación) y 16 (artículo 42 de las Medidas de aplicación).

## ESTATAL GENERAL

- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>159</sup>. Artículo único: apartados segundo (modificación de la circunstancia 4.ª del artículo 22); vigésimo (modificación del párrafo tercero

del apartado 1 del artículo 88); centésimo quincuagésimo sexto (modificación del punto 1.º del apartado 1 del artículo 607 bis); centésimo quincuagésimo octavo (modificación del ordinal 3.º del artículo 612).

- Ley 11/2010, de 28 de junio, de reforma del sistema de apoyo financiero a la internacionalización de la empresa española<sup>160</sup>. Preámbulo I) Motivación (8º párrafo), Artículo 5.5.

- Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos<sup>161</sup>. Artículos 3.1 b) segundo párrafo, 5.1 d) y e), 6.1 d) y e), 7.2, 17.2, Disposición Adicional sexta.1 a) 4º y 2 e), Disposición Adicional séptima.1 d) y e).

- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo<sup>162</sup>. Artículos 3 [modificación del apartado 2 a) de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001]; 10.1; 10.2; 10.3; 12 apartado tres (modificación del apartado 3 del artículo 11 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores); 15 apartado uno (modificación del apartado 2 del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores); 17 apartado dos (modificación del artículo 11 de Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal: apartado 1 párrafo 4º); 18 apartado tres (modificación del apartado 2 del artículo 16 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000); Disposición adicional undécima (modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: artículos 17.1 párrafo 1º, 22.4, 23.2, 24.2); Disposición adicional decimosexta apartado 2 letra a).

- Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo<sup>163</sup>. Parte expositiva; Artículos 2 cinco (nueva redacción del apartado 4 del artículo 53 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y seis (nueva redacción del apartado 2 del artículo 122 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral);

<sup>152</sup> Comprende la normativa publicada hasta el día 30 de septiembre de 2010. Elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

<sup>153</sup> DOUE L 180, de 15.07. 2010.

<sup>154</sup> DOUE L 145, de 11.06. 2010.

<sup>155</sup> DOUE L 178, de 13.07. 2010.

<sup>156</sup> DOUE L 189, de 22.07. 2010.

<sup>157</sup> DOUE L 201, de 3.08. 2010.

<sup>158</sup> DOUE C 180, de 6.07. 2010.

<sup>159</sup> BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

<sup>160</sup> BOE núm. 157, de 29 de junio de 2010.

<sup>161</sup> BOE núm. 190, de 6 de agosto de 2010.

<sup>162</sup> BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010.

<sup>163</sup> BOE núm. 147, de 17 de junio de 2010.

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

3 (nueva redacción de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001: apartado 2 letra a); 10.1, 10.2, 10.3; 12 tres (nueva redacción del apartado 2 del artículo 11 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores); 14 cuatro (artículo 22 *bis* de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo); 15 uno (nueva redacción del apartado 2 del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores); 17 dos (Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal: cuarto párrafo del apartado 1 del artículo 11); 18 tres (apartado 2 del artículo 16 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000); disposición final tercera: apartados uno (nueva redacción del apartado 2 del artículo 23 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y dos (nueva redacción de la letra d) del artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital<sup>164</sup>. Artículo 260 (indicación octava).

- Real Decreto 748/2010, de 4 de junio, por el que se modifica el Reglamento de ingreso, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre<sup>165</sup>. Artículo único apartado dos (último párrafo del artículo 39 *bis* del Reglamento).

- Real Decreto 794/2010, de 16 de junio, por el que se regulan las subvenciones y ayudas en el ámbito de la cooperación internacional. Párrafo sexto del apartado III de la parte expositiva<sup>166</sup>.

- Real Decreto 819/2010, de 25 de junio, por el que se crean y constituyen 132 juzgados, se constituyen 2 juzgados y se crean 16 plazas de Magistrado en Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales correspondientes a la programación del año 2010 y 50 plazas de adscripción territorial<sup>167</sup>. Párrafo 7º, art 1 b), 6.1 j), Anexo XIII.

- Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,

de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>168</sup>.

- Real Decreto 829/2010, de 25 de junio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las comunidades autónomas y al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria para la implementación de las estrategias del Sistema Nacional de Salud en cuidados paliativos, seguridad de pacientes, prevención de la violencia de género y atención al parto normal en el año 2010<sup>169</sup>. Texto articulado completo y Anexos IV y V.

- Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo<sup>170</sup>.

- Real Decreto 860/2010, de 2 de julio, por el que se regulan las condiciones de formación inicial del profesorado de los centros privados para ejercer la docencia en las enseñanzas de educación secundaria obligatoria o de bachillerato<sup>171</sup>. Disposición adicional séptima.

- Real Decreto 868/2010, de 2 de julio, por el que se crea el Observatorio del Empleo Público<sup>172</sup>. Artículos 3.1 d), 4.1.

- Real Decreto 941/2010, de 23 de julio, por el que se modifica el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo aprobado por el Real Decreto 1403/2007, de 26 de octubre<sup>173</sup>. Artículo único, apartados Tres (artículo 17.2 c) del Estatuto) y Cinco (artículo 38.1 a) del Estatuto).

- Real Decreto 1071/2010, de 20 de agosto, por el que se reconoce a la Real Academia de Gastronomía como corporación de derecho público y se aprueban sus estatutos<sup>174</sup>. Disposición adicional primera.

- Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre<sup>175</sup>. Anexo sobre Contenido de la memoria consolidada: punto 29.1

- Real Decreto 1160/2010, de 17 de septiembre, por el que se regula el Instituto de España<sup>176</sup>. Artículo 4 letra g).

<sup>164</sup> BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

<sup>165</sup> BOE núm. 149, de 19 de junio de 2010.

<sup>166</sup> BOE núm. 154, de 25 de junio de 2010.

<sup>167</sup> BOE núm. 167, de 10 de julio de 2010.

<sup>168</sup> BOE núm. 155, de 26 de junio de 2010.

<sup>169</sup> BOE núm. 166, de 9 de julio de 2010.

<sup>170</sup> BOE núm. 155, de 26 de junio de 2010.

<sup>171</sup> BOE núm. 173, de 17 de julio de 2010.

<sup>172</sup> BOE núm. 170, de 14 de julio de 2010.

<sup>173</sup> BOE núm. 181, de 27 de julio de 2010.

<sup>174</sup> BOE núm. 232, de 24 de septiembre de 2010.

<sup>175</sup> BOE núm. 232, de 24 de septiembre de 2010.

<sup>176</sup> BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

- Real Decreto 1203/2010, de 24 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 869/2010, de 2 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 495/2010, de 30 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales<sup>177</sup>. Artículos 4.1 letra l) y 8.5.

## ANDALUCÍA

- Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía<sup>178</sup>. Exposición de Motivos IV (párrafo primero), Artículo 12.1 i).

- Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía<sup>179</sup>. Artículo 19.3.

- Decreto-ley 3/2010, de 8 de junio, por el que se modifica, amplía y aprueba una nueva edición del Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA)<sup>180</sup>. Exposición de Motivos (párrafos 9º, 11º, 12º); Artículos 4.5, 11 letra B), 21.1 i), 32.1 b).

- Decreto 302/2010, de 1 de junio, por el que se ordena la función pública docente y se regula la selección del profesorado y la provisión de los puestos de trabajo docentes<sup>181</sup>. Artículo 29.

- Decreto 319/2010, de 22 de junio, por el que se aprueban los Estatutos de la Real Academia Sevillana de Ciencias<sup>182</sup>. Párrafo cuarto de la parte expositiva, Artículos 4 e), 7.2, 24.

- Decreto 320/2010, de 29 de junio, por el que se regulan los órganos competentes y los procedimientos administrativos en materia de utilización confinada y liberación voluntaria de organismos modificados genéticamente<sup>183</sup>. Artículo 3.1.

- Decreto 327/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria<sup>184</sup>. Disposición adicional tercera: apartados 3, 4 y 5 e); Disposición final cuarta; Reglamento: artículos 2 c), 23 c), 30.2 a), 32.2 d), 50.3 y 4, 51 h), 72.3, 78.2, 95.3.

- Decreto 328/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las escuelas infantiles de segundo grado, de los colegios de educación primaria, de los colegios de educación infantil

y primaria, y de los centros públicos específicos de educación especial<sup>185</sup>. Disposición final tercera; Reglamento: artículos 2 c), 21.3 c), 29.2 a), 31.2 d), 49.7 y 8, 50 h), 70.2, 75.2, 84.2.

- Decreto 329/2010, de 13 de julio, por el que se autoriza la implantación de enseñanzas universitarias de Grado, Máster y Doctorado, se actualiza el Catálogo de Enseñanzas Universitarias conducentes a la expedición por las Universidades Públicas de Andalucía de títulos oficiales, así como la estructura de los centros que las imparten y se fijan los precios públicos y tasas a satisfacer por la prestación de servicios académicos y administrativos universitarios para el curso 2010/2011<sup>186</sup>. Anexo I apartados 3 (Universidades de Almería, Cádiz, Granada, Huelva, Málaga, Pablo de Olavide y Sevilla); 4 (Universidades de Cádiz, Granada, Huelva y Sevilla).

- Decreto 330/2010, de 13 de julio, por el que se crea y regula el Registro Único de Partos y Nacimientos de Andalucía<sup>187</sup>. Párrafo décimo de la parte expositiva, Artículo 2 a).

- Decreto 353/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Plan Anual de la Cooperación Andaluza 2010<sup>188</sup>. Plan: Objetivo 1: tercero (primer párrafo), quinto (párrafos primero y tercero); Objetivo 2 (primer párrafo).

- Decreto 354/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Programa Operativo de Acción Humanitaria 2010-2012<sup>189</sup>. Programa: puntos 2.1 (segundo párrafo); 2.2 (séptimo y octavo párrafos); 2.3 (cuarto párrafo); 2.3.1 [cuarto y sexto párrafos, objetivo 1 (líneas prioritarias 1, 2, 3); 3.3 (necesidad séptima); 4.1.1 (tercer párrafo; rasgos g y h); 4.1.5 (sexto párrafo); 4.1.6 [prioridades horizontales primera, tercera (párrafos tercero, octavo, undécimo, duodécimo), cuarta (espacio segundo)]; 4.2 [línea prioritaria 1: números I (medidas 1, 3, 5 -segundo párrafo-) y III (medida 9)]; 5.2 (séptimo párrafo).

- Decreto 355/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Programa Operativo de Educación para el Desarrollo 2010-2012<sup>190</sup>. Programa: Apartados 1 (primer epígrafe párrafo tercero); 2.2 (segundo párrafo punto cuarto, sexto párrafo -cinco-); 3.2 (sexto, décimo y undécimo párrafos); 3.4 [Línea prioritaria 3

<sup>177</sup> BOE núm. 233, de 25 de septiembre de 2010.

<sup>178</sup> BOJA núm. 122, de 23 de junio de 2010.

<sup>179</sup> BOJA núm. 155, de 9 de agosto de 2010.

<sup>180</sup> BOJA núm. 111, de 11 de junio de 2010.

<sup>181</sup> BOJA núm. 108, de 4 de junio de 2010.

<sup>182</sup> BOJA núm. 132, de 7 de julio de 2010.

<sup>183</sup> BOJA núm. 139, de 16 de julio de 2010.

<sup>184</sup> BOJA núm. 139, de 16 de julio de 2010.

<sup>185</sup> BOJA núm. 139, de 16 de julio de 2010.

<sup>186</sup> BOJA núm. 139, de 16 de julio de 2010.

<sup>187</sup> BOJA núm. 145, de 26 de julio de 2010.

<sup>188</sup> BOJA núm. 160, de 17 de agosto de 2010.

<sup>189</sup> BOJA núm. 158, de 12 de agosto de 2010.

<sup>190</sup> BOJA núm. 160, de 17 de agosto de 2010.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

(segundo epígrafe)]; 4.4 letra a).

- Decreto 366/2010, de 31 de agosto, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2010, del funcionamiento de Administración Local con habilitación de carácter estatal, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>191</sup>. Artículo 4.4 c).
- Decreto 368/2010, de 7 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza 2010-2013<sup>192</sup>. Epígrafe 9.4 eje 4: Medida 4.2.2; epígrafe 7 *in fine*.
- Decreto 372/2010, de 21 de septiembre, por el que se establecen indemnizaciones a mujeres que sufrieron formas de represión de la dictadura franquista sobre su honor, intimidad y propia imagen<sup>193</sup>.
- Orden de 30 de junio de 2010, por la que se nombran

las personas integrantes de los comités clínicos previstos en el artículo 15.c), de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>194</sup>.

## INTERAUTONÓMICA

- Ley de La Rioja 7/2010, de 29 de septiembre, por la que se aprueban varios convenios de colaboración con otras Comunidades Autónomas para el establecimiento de programas de actuación conjunta en diversas materias<sup>195</sup>. Anexo I: Convenio de colaboración entre Comunidades Autónomas para la coordinación de sus redes de centros de acogida a la mujer víctima de violencia de género.

<sup>191</sup> BOJA núm. 191, de 29 de septiembre de 2010.

<sup>192</sup> BOJA núm. 187, de 23 de septiembre de 2010.

<sup>193</sup> BOJA núm. 200, de 13 de octubre de 2010.

<sup>194</sup> BOJA núm. 132, de 7 de julio de 2010.

<sup>195</sup> BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2010 y Boletín Oficial de La Rioja número 123, de 6 de octubre de 2010. Las Comunidades Autónomas cuyos Consejos de Gobierno han firmado son Cataluña, Andalucía, La Rioja, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Illes Balears y Castilla y León.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 41/2010<sup>196</sup>: FUNDAMENTOS JURÍDICOS 4º A 11º

4. Una vez sentado lo anterior procede abordar las alegaciones formuladas en los Autos de interposición de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, para cuya correcta comprensión es preciso tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La primera de las dudas vertidas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete respecto de la constitucionalidad del art. 148.4 CP se refiere a su eventual incompatibilidad con el principio de igualdad (art. 14 CE), por introducir una injustificada diferencia de trato por razón de sexo, que conlleva una discriminación para el varón al ver agravada la pena de dos a cinco años de prisión por el delito de lesiones cuando sea sujeto activo del hecho y éste se cause a una mujer que sea o haya sido su esposa o haya mantenido análoga relación de afectividad, frente a la pena más leve, de seis meses a tres años, que correspondería a la mujer por hechos idénticos cometidos sobre un varón.

b) Por otro lado, las quejas relativas a la vulneración de los arts. 1 y 10 CE, que fundan los Autos en que tal discriminación supondría una conculcación de los valores de la libertad, la dignidad de la persona y la justicia, deben entenderse tributarias de la primera y principal denuncia, quedando englobadas en ella a los efectos de su estudio conjunto. Lo mismo ocurre en el caso de la alegación relativa al art. 9 CE, tanto por lo que respecta a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto al varón, como en lo que atañe a la vulneración del principio de seguridad jurídica, que en los Autos se considera una derivación de la lesión del valor de la justicia como consecuencia del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres.

c) En segundo lugar, el art. 148.4 CP generaría, además, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del principio de culpabilidad, al presumir, sin posibilidad de prueba en contrario, que toda acción lesiva del varón hacia la mujer posee una finalidad discriminatoria, razón que justificaría la mayor gravedad de la conducta.

d) La queja relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) se fundamenta en la indeterminación semántica de la expresión «personas especialmente vulnerables», si bien la misma no forma parte del precepto cuestionado, el art. 148.4 CP, sino del apartado siguiente, que, de modo independiente de la anterior, establece una agravación facultativa de la pena en caso de que las lesiones se ocasionen a personas que reúnan tal particular circunstan-

cia y que convivan con el autor. Sin embargo, ni la constitucionalidad de este apartado quinto ha sido cuestionada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, ni sus Autos contienen tampoco una argumentación específica dirigida a justificar su aplicabilidad y relevancia (art. 35.1 LOTC), motivos por los cuales no procede analizar el fondo de la alegación relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

e) En definitiva, al igual que hemos señalado en recientes pronunciamientos de este Tribunal en los que se han resuelto las dudas planteadas sobre la constitucionalidad de diversos preceptos penales incorporados al Código Penal, como el que ahora nos ocupa, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (así, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, u 81/2008, de 17 de julio, entre otras, que resuelven diversas cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas respecto al primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge el delito de maltrato ocasional; la STC 45/2009, de 19 de febrero, en la que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, sobre el delito de amenazas leves; o la STC 127/2009, de 26 de mayo, respecto del delito de coacciones leves recogido en el art. 172.2 CP), son dos las dudas centrales de constitucionalidad que formula aquí el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete: la primera es si el precepto incorpora un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo que sería contrario al art. 14 CE y, por extensión, a los arts. 1.1, 9 y 10.1 CE; y la segunda es si el precepto contiene una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación. Procede a continuación analizar cada una de ellas.

5. En relación con la duda relativa a si el precepto cuestionado vulnera o no el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE, nuestro análisis debe partir de las siguientes consideraciones de alcance general;

a) Por un lado, hemos de comenzar «recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional

<sup>196</sup> Esta Sentencia, de 22 de julio, ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 9 de agosto de 2010, y puede consultarse en [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12885](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12885). Sólo se reproducen aquí los Fundamentos Jurídicos relacionados con la violencia de género y el Fallo de la Sentencia.

## JURISPRUDENCIA • TC

y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática" (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador al que compete "la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo" (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)». Por ello, nuestro análisis del precepto cuestionado «no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 6; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

b) Por otro lado, debe también precisarse que el canon de enjuiciamiento a aplicar es el propio del principio general de igualdad y no el de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que es el que utiliza el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al expresar su duda, puesto que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, tampoco en el caso del art. 148.4 CP «constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

c) Finalmente, resta señalar que, desde la perspectiva que se deriva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma cuestionada exige «que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4). Al igual que ocurría en el caso de las Sentencias de este Tribunal a las que se ha hecho referencia, la aplicación de este canon de constitucionalidad al art. 148.4 CP exige verificar sucesivamente que la norma que incorpora la dife-

renciación persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan un control de proporcionalidad (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

6. El primero de los presupuestos de la razonabilidad de la diferenciación es el relativo a la legitimidad del fin que persigue la norma que la incorpora.

a) Al igual que hemos afirmado en resoluciones anteriores sobre otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de la exposición de motivos y del articulado de esta última se deduce que el art. 148.4 CP «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En esas mismas resoluciones hemos declarado que, «tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

7. El segundo presupuesto de la razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada se refiere a la adecuación o funcionalidad de la medida que la incorpora respecto de la consecución del fin perseguido por el legislador, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las lesiones cuando éstas son cometidas por un varón contra quien es o fue su mujer, o tenga o haya tenido análoga relación afectiva, pues sólo entonces resultará razonable que deba imponerse una pena más grave para prevenirlas.

Aplicando este criterio al precepto cuestionado también debemos considerar satisfecho este segundo requisito porque, de acuerdo con nuestra doctrina, «no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el

## JURISPRUDENCIA • TC

ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

8. Además de la razonabilidad de la diferenciación, que se concreta en los dos presupuestos anteriores, el principio general de igualdad exige también que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional.

a) Con carácter general, es preciso tener en cuenta, por una parte, que este control de proporcionalidad que se deriva del art. 14 CE exige valorar «tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

b) Por otra parte, el «baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de «contenido mínimo», en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12)», de manera que «[s]ólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un 'desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa' (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

c) Conviene recordar, en fin, que el presente es «un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional» (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

9. A la vista de todo ello, la norma cuestionada tampoco ha de merecer reproche constitucional alguno en relación con esta tercera exigencia del principio de igualdad. El art. 148.4 CP establece una pena mínima de dos años de prisión que, ciertamente, supone una considerable agravación con respecto a la mínima de seis meses de prisión que prevé el tipo básico, recogido en el art. 147.1 CP; y su límite máximo se eleva hasta los cinco años, frente al máximo de tres años de prisión que contempla la modalidad básica de lesiones. Sin embargo, al igual que hemos afirmado ante la agravación de falta a delito prevista en los arts. 171.4 CP para las amenazas leves y 172.2 CP para las coacciones leves, dicha diferencia no genera como consecuencia un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» del tratamiento penal contemplado en ambos supuestos, en virtud de los tres motivos que a continuación se exponen.

a) En primer lugar, debe insistirse, siguiendo lo declarado en las ya citadas Sentencias, en la particular trascendencia de la finalidad de la diferenciación incorporada por la norma, que, como hemos señalado, se encuentra razonablemente encaminada a la tutela de la libertad, la integridad y la dignidad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja, así como a combatir la desigualdad y neutralizar la subordinación a la que las mujeres han estado sometidas tradicionalmente en dicho ámbito (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En segundo lugar, ha de señalarse también que el art. 148.5 CP incorpora una modalidad agravada de lesiones, con idéntica pena que la anterior, para los casos en que la víctima sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, lo que permite, eventualmente, equiparar la respuesta penal dispensada a las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su pareja femenina a la prevista para otras lesiones graves acontecidas «en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

c) En tercer lugar, a los efectos del juicio de proporcionalidad no puede desconocerse la opción seguida por el legislador de dejar al arbitrio del juez la aplicación de la agravante, siendo la misma, a tenor de su redacción típica, de imposición facultativa, debiendo atenderse para ello «al resultado causado y al riesgo producido». Ello supone que para la aplicación del art. 148.4 CP no sólo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas —que la vícti-

## JURISPRUDENCIA · TC

ma sea mujer que sea o haya sido pareja del autor-, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.

En definitiva, los tres motivos señalados conducen a descartar que las consecuencias derivadas del tratamiento diferenciado previsto por el art. 148.4 CP sean desproporcionadas y, por tanto, a rechazar la alegación relativa a su inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

10. Esta conclusión ha de extenderse a otras alegaciones que, según se ha indicado ya, los Autos de promoción de las cuestiones de inconstitucionalidad hacen descansar en las consecuencias que se derivarían del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres en relación con otros preceptos.

a) Por una parte, una vez descartada la alegación relativa a la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), cabe hacer lo mismo, por los mismos motivos, respecto de la vulneración del art. 9 CE, y ello tanto por lo que se refiere a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto del varón, como por lo que respecta a la vulneración del principio de seguridad jurídica a raíz del carácter supuestamente discriminatorio del precepto impugnado.

b) Por otra parte, en el marco de la argumentación de la duda relativa al principio de igualdad (art. 14 CE), los Autos de cuestionamiento también aluden a la posible oposición del art. 148.4 CP a los valores relativos a la justicia y la dignidad de la persona (arts. 1.1 y 10.1 CE) en cuanto que presumiría que la mujer es en todo caso una persona especialmente vulnerable y el hombre «un maltratador nato». Esta objeción no puede ser acogida, no sólo porque ya se ha rechazado la lesión principal a la que se vincula, relativa al derecho a la igualdad, sino también porque no cabe acoger su presupuesto. Por un lado, el precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y, por otro lado, tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Según hemos afirmado recientemente en relación con otras disposiciones del

Código penal modificadas a raíz de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, la disposición impugnada «[p]rocede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos 'a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad' (STC 59/2008, FJ 9; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5)» (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 5).

11. Por último, tampoco podemos compartir que la previsión normativa analizada desconozca el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el principio de culpabilidad, puesto que, frente a lo alegado en los Autos de promoción de estas cuestiones, el art. 148.4 CP no se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación, sino que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos penales cuyo origen se encuentra en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, «[l]o que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11; 81/2008, de 17 de julio, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 6).

De igual modo, tampoco cabe considerar que se castigue al concreto autor por hechos cometidos por otras personas, al modo de una culpa colectiva, ni tampoco cabe estimar la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un «Derecho penal de autor». Tal y como afirmamos en la STC 59/2008, de 14 de mayo, para rechazar idéntica alegación, «que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (FJ 11).

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional,  
 POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA  
 CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,  
 Ha decidido  
 Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núms.  
 2755-2007 y 7291-2008.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 45/2010<sup>197</sup>: FUNDAMENTOS JURÍDICOS 2º A 6º

2. Antes de abordar el examen de la cuestión de fondo, debemos descartar *a limine* el análisis sobre la alegada conculcación del derecho a la legalidad (art. 25.1 CE) que el órgano cuestionante atribuye a ambos preceptos, referida a la contradicción de la expresión «persona especialmente vulnerable» con el mandato de determinación. Ello porque, al igual que afirmáramos en la STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 2, tampoco en el presente Auto se hace mención alguna acerca de la aplicabilidad de tal modalidad de sujetos pasivos del delito –diferenciada claramente en el art. 153.1 CP de la esposa, o mujer vinculada al autor por análoga relación de efectividad– al caso concreto objeto del proceso penal, no constando, por ello, la relevancia que para la resolución del proceso presenta la norma cuestionada (art. 35.1 LOTC). Y por lo que respecta al art. 148.4 CP, tal expresión no forma parte del precepto cuestionado, sino del apartado siguiente –el 5 del art. 148 CP–, que, de modo independiente de la anterior, establece una agravación facultativa para personas que reúnan tal particular circunstancia y que convivan con el autor, agravación cuya constitucionalidad ni ha sido cuestionada ni, en todo caso, puede considerarse relevante al no ser aplicable al concreto caso enjuiciado.

Por las mismas razones debe inadmitirse la segunda vertiente de la alegada vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), relativa a la falta de concreción, en el art. 153.1 CP, del límite mínimo de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o custodia, pues tampoco se efectúa argumentación alguna sobre su relevancia para la resolución del proceso, debiendo ponerse de relieve, en este sentido, que ninguna de las acusaciones solicitó la imposición de dicha pena, siendo ello un requisito insoslayable para su aplicación por el órgano judicial (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 6).

3. Sentado lo anterior, para dar respuesta a la cuestión que ahora se nos presenta bastará con remitirnos a pronunciamientos de este Tribunal en los que se ha dado respuesta a las dudas de constitucionalidad planteadas.

Concretamente, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, o 81/2008, de 17 de julio, entre otras, que analizan la constitucionalidad del primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge el delito de maltrato ocasional, y la reciente STC 41/2010, de 22 de julio, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta sobre el art. 148.4 CP. Tales Sentencias –junto a otras que igualmente se han ocupado sobre la constitucionalidad de diversos preceptos penales incorporados al Código penal, como los que ahora nos ocu-

pan, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género de distintos, tales como la STC 45/2009, de 19 de febrero, en el que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, sobre el delito de amenazas leves; o la STC 127/2009, de 26 de mayo, que responde a las dudas planteadas respecto del delito de coacciones leves recogido en el art. 172.2 CP– resuelven, en efecto, las dos dudas centrales de constitucionalidad que ahora formula la Magistrada del Juzgado núm. 2 de Albacete: la primera es si los preceptos cuestionados incorporan un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo que sería contrario al art. 14 CE y, por extensión, a los arts. 1.1, 9 y 10.1 CE; y la segunda es si contienen una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación.

4. Para resolver la primera de las dudas, las citadas resoluciones acogen el canon derivado del principio general de igualdad y no el de prohibición de discriminación por razón de sexo, por cuanto «no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados .... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» [SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 41/2010, de 22 de julio, FJ 5 b); en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3]. Ello exige verificar sucesivamente que las normas que incorporan la diferenciación persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan un control de proporcionalidad (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

a) En relación al primero de los parámetros de enjuiciamiento, el referido a la legitimidad de las normas, de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley

<sup>197</sup> Esta Sentencia, de 28 de julio, ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 195, de 12 de agosto de 2010. Puede consultarse en [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-13113](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-13113). Sólo se reproducen aquí los Fundamentos Jurídicos relacionados con la violencia de género y el Fallo de la Sentencia.

## JURISPRUDENCIA • TC

Orgánica 1/2004, se deduce la finalidad principal de los preceptos cuestionados de «proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penas» [SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 6 a)]; pues bien, «tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador» [SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 6 a)].

b) En segundo lugar, la diferenciación normativa establecida en ambos preceptos puede considerarse funcional o adecuada para la consecución del fin perseguido, porque, de acuerdo con nuestra doctrina, «no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece» (STC

59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 7).

c) Y por lo que respecta al tercer criterio de análisis, procede igualmente rechazar que los arts. 153.1 y 148.4 CP conduzcan a consecuencias desproporcionadas incompatibles con el principio de igualdad. Así, en relación con el art. 153.1 CP, hemos manifestado que «[a] la vista de su poca entidad —tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena y una pena potestativa de inhabilitación que en el art. 153.1 CP es superior en dos años en su límite máximo, pero inferior en seis meses en su límite mínimo—, tampoco cabe apreciar que la diferencia de penas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del artículo cuestionado, máxime si se repara en que esta pena de prisión diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y en que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”, en previsión ciertamente aplicable también al art. 153.2 CP» (STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 3, siguiendo a la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10). A ello debe añadirse que el inciso segundo del art. 153.1 CP impone la misma pena cuando el destinatario de la agresión sea «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», con lo que se equiparan punitivamente a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras agresiones en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora (STC 81/2008, FJ 3). De igual modo se ha manifestado la STC 41/2010, de 22 de julio, sobre el art. 148.4 CP, entendiéndose que la agravación que supone la pena mínima de dos años de prisión con respecto a la mínima de seis meses de prisión que prevé el tipo básico, recogido en el art. 147.1 CP, y la máxima de cinco años con relación a la correspondiente del tipo básico, cifrada en tres años, no genera como consecuencia un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable». Dicha conclusión se funda en tres argumentos (FJ 9). En primer lugar, la finalidad de la diferenciación, dirigida a la protección de la libertad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja, y a luchar contra la desigualdad de las mujeres en dicho ámbito (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

En segundo lugar, el apartado 5 del art. 148, al establecer la misma pena para los casos en que la víctima sea «persona especialmente vulnerable», permite equiparar penalmente a las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su

## ARTÍCULO 14

## JURISPRUDENCIA • TC

pareja femenina otras lesiones graves acontecidas en el seno de tales relaciones de pareja en las que el sujeto pasivo no haya de ser necesariamente una mujer, (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

En tercer lugar, la agravación recogida en el art. 148.4 CP es de aplicación facultativa para el órgano judicial, debiendo atenderse para ello «al resultado causado y al riesgo producido», lo que exige, junto al requisito de que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor, que los hechos expresen un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. En este sentido, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se aprecia tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado (STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9).

5. Tal conclusión ha de extenderse a las restantes alegaciones referidas al diferente tratamiento que las normas concernidas dispensan a hombres y mujeres. De una parte, los argumentos anteriormente formulados permiten despejar la alegada conculcación del art. 9 CE, y ello tanto por lo que refiere a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto del varón, como por lo que respecta a la vulneración del principio de seguridad jurídica a raíz del carácter supuestamente discriminatorio del precepto impugnado [STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 10 a)]. De otra parte, por lo que respecta al valor de la dignidad de la persona debemos reiterar que los preceptos cuestionados no catalogan a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presumen que lo sea. Y tampoco contienen consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Proceden, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos «a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad» [SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ

9; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 5; 41/2010, de 22 de julio, FJ 10 a)].

6. Por último, no podemos compartir que la previsión normativa analizada desconozca el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el principio de culpabilidad, puesto que, frente a lo alegado en los Autos de promoción de estas cuestiones, los preceptos cuestionados no acogen la presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación, sino que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos penales cuyo origen se encuentra en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, «[l]o que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11; 81/2008, de 17 de julio, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 6; 41/2010, de 22 de julio, FJ 11).

De igual modo, tampoco cabe considerar que se castigue al concreto autor por hechos cometidos por otras personas, al modo de una culpa colectiva, ni puede compartirse la alegación relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un «Derecho penal de autor». Tal como afirmamos en la STC 59/2008 para rechazar idéntica alegación, «que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (FJ 11; en idéntico sentido, STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 11).

## FALLO

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

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 60/2010<sup>198</sup>: FUNDAMENTOS JURÍDICOS 3º A 22º

3. Una vez comprobada la concurrencia de los presupuestos del art. 35 LOTC, conviene ahora delimitar con precisión el objeto exacto de la cuestión que se somete a nuestro enjuiciamiento, así como las vulneraciones constitucionales aducidas:

a) Por un lado, la duda sobre la constitucionalidad del art. 57.2 CP formulada en el Auto de planteamiento se refiere a la imposición obligatoria —la expresión «en todo caso»— de la pena de prohibición de aproximación a la víctima —también denominada en el lenguaje forense «pena de alejamiento»— y de suspensión del régimen de visitas respecto de los hijos comunes menores, sin atender a los presupuestos de gravedad y peligrosidad establecidos como criterio general en el art. 57.1 CP, prescindiendo de la solicitud o deseo de la víctima y demás familiares, y con independencia de la existencia de una amenaza real o potencial a su integridad. El precepto cuestionado, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, habría convertido una pena de aplicación potestativa, cuya imposición se hacía depender de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva efectuado a partir de la gravedad del hecho o de la peligrosidad del autor, en una pena de imposición forzosa, puesto que obliga al Juez o Tribunal a acordarla «en todo caso» si la condena lo es por alguno de los delitos mencionados en el art. 57.1 CP y el sujeto pasivo del mismo es una de las personas descritas en el art. 57.2 CP, con abstracción, pues, de la mayor o menor entidad de los hechos o del peligro que represente el delincuente y, además, sin tener en consideración la voluntad de los afectados.

A pesar de que el núcleo de la duda de inconstitucionalidad se refiere al inciso «en todo caso», la impugnación ha de entenderse referida al precepto en su conjunto, puesto que el art. 57.2 CP establece una regla particular para determinados supuestos en la que la especialidad se limita a configurar como obligatorio lo que el art. 57.1 CP contempla como facultativo, de tal modo que si el inciso controvertido se declarase inconstitucional el art. 57.2 CP quedaría privado de contenido por entero.

b) Por otro lado, la duda de constitucionalidad del art. 57.2 CP descansa sobre las cuatro alegaciones siguientes. En primer lugar, la Sala estima que el precepto cuestionado infringe el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE). La imposición del alejamiento en contra de la voluntad de la víctima supondría la aplicación de una pena a quien no ha cometido ilícito penal alguno, puesto que, dada su inescindible bilateralidad, se haría imposible la efectividad del

alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima.

En segundo término, la imposición forzosa de la pena de alejamiento lesionaría el derecho de la víctima a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), puesto que se le impondría una medida que indefectiblemente le afecta sin haber sido oída, sin haber participado en el proceso, e, incluso, con independencia de su eventual participación, ya que el órgano judicial estaría obligado a aplicarla por encima de las razones que la víctima hubiera podido exponer.

En tercer lugar, la Sala aduce que el art. 57.2 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.3 CE). La pena de alejamiento, en la forma en que es regulada en el art. 57.2 CP, sería innecesaria puesto que las funciones de esta pena serían las que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos y, además, el art. 57.1 CP permite ya a los Tribunales aplicar la pena si lo consideran conveniente para proteger a la víctima, incluso contra su propia opinión, en atención a la gravedad del hecho y al pronóstico de reincidencia; sería, además, inidónea porque la prohibición de acercamiento sólo tendría sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección, por lo que su aplicación automática, al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima, le privaría de explicación racional y la convertiría en arbitraria; y también sería, finalmente, desproporcionada en cuanto su imposición forzosa impediría al juez ejercer su función básica de determinar y adecuar la pena a las condiciones del hecho castigado y a la efectiva protección de la víctima. Todo ello haría, en fin, del art. 57.2 CP una norma penal desproporcionada y, por tanto, arbitraria (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.3 CE).

Finalmente, el precepto cuestionado afectaría a la libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 CE), produciendo también una vulneración del art. 18.1, en relación con los arts. 10 y 1.1 CE, ya que la imposición obligatoria del alejamiento tendría una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar que, como consecuencia y derivado del derecho al desarrollo de la personalidad, supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, siendo así que en este caso el precepto impone el alejamiento sin tener en cuenta ni el tipo de delito, ni su gravedad, ni su influencia en las relaciones de convivencia, ni la peligrosidad del

<sup>198</sup> Esta Sentencia, de 7 de octubre, ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 262, de 29 de octubre de 2010, y puede consultarse en [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-16548](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-16548). Sólo se reproducen aquí los Fundamentos Jurídicos relacionados con la violencia de género y el Fallo de la Sentencia.

## JURISPRUDENCIA • TC

condenado y sin posibilidad de ponderar la opinión de la víctima y el juicio que le merezca al Tribunal sentenciador.

4. La Sala imputa al art. 57.2 CP, en primer lugar, la infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE), al imponerse a la víctima una sanción penal sin haber cometido hecho punible alguno.

El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, comprendido en el derecho reconocido en el art. 25.1 CE, «implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1, y 137/1997, de 21 de julio, FJ 5]» (STC 125/2001, de 4 de junio, FJ 6). Sin embargo, conforme a nuestra doctrina los postulados del art. 25.1 CE únicamente resultan aplicables a aquellas medidas que sean auténtica manifestación del ejercicio del *ius puniendi*, siendo improcedente su aplicación, «como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero carácter sancionador» (STC 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6).

Procede partir aquí de la diferencia esencial entre los efectos propios —por directos e inmediatos— de la pena sobre los derechos cuya privación o restricción implica la medida en la que se concreta, de los efectos externos —que, por contraste con los anteriores, podrían calificarse como indirectos o mediatos— que esa misma medida pueda tener sobre otros derechos o intereses legítimos, tanto del responsable del hecho punible como de terceros, y que, por más que deban tomarse en consideración, según se comprobará posteriormente, en el análisis de la proporcionalidad de la norma cuestionada, no constituyen por sí mismos el objeto de una sanción en sentido estricto. En el caso que nos ocupa, el objeto de la pena de prohibición de aproximación prevista en el art. 57.2 CP no restringe el derecho de la víctima sino del autor del delito o, dicho en otros términos, la pena de prohibición de aproximación no se impone a la víctima sino exclusivamente al autor del hecho punible, siendo meridiana en este sentido la dicción del art. 48.2 CP («La prohibición de aproximarse... impide al penado...»). Cuestión diversa, como observa el Abogado del Estado, es que esta pena, como ocurre, por lo demás, con todas, pueda tener una repercusión negativa sobre terceros. Y si en algunas ocasiones es el patrimonio y por ello el nivel económico familiar el que puede resultar afectado, según ocurre, por ejemplo, con la pena de multa o la de inhabilitación, en otras ocasiones la consecuencia de la pena es la separación física y la ruptura de la convivencia cotidiana, tal y como sucede con la pena de prisión o, en fin, con la aquí debatida prohibición de aproximación. Esa

separación física representa un efecto externo de la pena controvertida que podrá ser tanto más intenso cuanto más próximos sean el vínculo o los afectos de aquellas personas con el penado, y que se producirá, por cierto, con independencia de que su imposición tenga lugar en el marco del art. 57.2 CP o sea fruto del margen de arbitrio que al juez reconoce el art. 57.1 CP.

En definitiva, pese a la distinta naturaleza y entidad de la secuela que puede originar cada una de las penas contempladas en la legislación penal, no puede acogerse la alegación del órgano promotor de la cuestión, en el sentido de que en el caso concreto de la pena de alejamiento el efecto de la quiebra de la vida en común constituye, en sí mismo, una pena impuesta a la víctima en cuanto supone una carga directa sobre ella. Y ello por el esencial razonamiento de que la restricción de derechos que al ofendido puede irrogarle la ejecución de la prohibición de aproximación es, en todo caso, una consecuencia anudada al sentido propio de la pena impuesta al condenado, pero no es resultado de una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre el ofendido, puesto que, de un lado, no son sus derechos sino los del autor del delito los que resultan restringidos mediante la imposición de la pena de prohibición de aproximación ex art. 57.2 CP, ni ésta se impone a la víctima, de otro, como una medida represiva que «castig[ue] una conducta realizada porque sea antijurídica», una propiedad ésta que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones, ni tampoco cumplen, en fin, esos efectos sobre el ofendido ninguna de las finalidades retributivas y preventivas propias de éstas (SSTC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4 y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3). Por estas razones ha de descartarse una posible infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE).

5. Tampoco cabe apreciar que la imposición forzosa de la pena ocasione al ofendido la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE. Ante todo, es preciso observar que, al tener su origen en la posibilidad de que se le imponga una medida que le afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso, la supuesta vulneración constitucional se produciría también en el ámbito del art. 57.1 CP, que contempla la posibilidad de imponer la misma pena accesoria.

Pero es que, además y sobre todo, no hay tal lesión: en el sistema procesal penal español, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que existe un monopolio estatal del ejercicio de la acción penal, la víctima puede constituirse en parte en el proceso y, por consiguiente, puede ejercer los derechos asociados a esa situación jurídica, entre los que se encuentra el derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y a disfrutar de un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En los términos de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, la víctima tiene reservado un papel efectivo y adecuado en el sistema judi-

## JURISPRUDENCIA • TC

cial penal (art. 2.1) y garantizada la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba (art. 3). En este orden de cosas, la norma cuestionada en absoluto restringe las facultades de las partes en general, y de la víctima en particular, para intervenir en el proceso y formular actos de alegación y de defensa de sus pretensiones, lo cual excluye la vulneración del derecho fundamental invocado. En definitiva, no es, sencillamente, cierto que la pena de alejamiento se imponga sin que el sistema garantice a la víctima el derecho a ser oída y a participar en el proceso.

Añade en este punto el órgano judicial que la indefensión de la víctima se ve acentuada porque, aunque su opinión contraria a la imposición de la pena hubiera sido oída, el juez o tribunal vendría obligado, desatendiendo la misma, a imponer la prohibición de aproximación. Tal consideración, sin embargo, es de todo punto ajena a la indefensión constitucionalmente proscrita, que no se produce porque la voluntad contraria de la víctima no sea impeditiva de la aplicación de la pena de alejamiento, pues como se acaba de notar, la víctima puede constituirse en parte y aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como alegar lo que a su derecho convenga, sin que ello conlleve, claro está, la exigencia de que sus tesis sean asumidas necesariamente por el órgano judicial. El órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad equipara indebidamente, por tanto, el derecho de la víctima a no padecer indefensión con un supuesto derecho a que la Ley acoja su criterio respecto del modo en que el Estado debe ejercer su poder punitivo.

6. Se aborda a continuación en el Auto de planteamiento, introduciendo así el núcleo central del razonamiento sobre la inconstitucionalidad del art. 57.2 CP, la posible infracción del principio de proporcionalidad (art. 25.1 CP en relación con el art. 9 CE), en tanto la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación, en la forma en que es recogida en esa precepto, resultaría innecesaria, inidónea y desproporcionada. La Sala añade que la pena de alejamiento afecta a la libertad de elegir residencia y a circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 CE), y que tiene, además, una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar que, como consecuencia y derivado del libre desarrollo de la personalidad, supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores (art. 18.1 CE en relación con los arts. 1.1 y 10 CE, y art. 8.1 CEDH). Aunque en el Auto de planteamiento estas alegaciones se formulan de manera separada, razones de orden sistemático aconsejan examinarlas junto a la relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad.

7. El control de la proporcionalidad de las normas penales por este Tribunal debe partir necesariamente de las dos consideraciones preliminares que se realizan a continuación:

a) La primera se refiere al alcance de nuestro enjuiciamiento, que, según hemos advertido ya al comienzo de nuestra fundamentación, resulta limitado por el reconocimiento «en esta sede de la “potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional “debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4)» (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8). En términos semejantes nos hemos pronunciado, más en concreto, a propósito del control de proporcionalidad realizado en el marco del principio de igualdad, que también «ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12)», de manera que «[s]ólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

Siendo ello así, en la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones respectivas del legislador penal y de este Tribunal Constitucional, debe precisarse a continuación, con otra perspectiva, que la propia Constitución, lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que ésta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla límites más exigentes en el caso de las normas penales que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera. Nuestro enjuiciamiento debe, por tanto, partir simultáneamente de estos dos planteamientos: uno, de carácter sus-

## JURISPRUDENCIA • TC

tantivo, que se refiere a la intensidad de los límites que la Constitución impone a la ley, y el otro, de naturaleza formal, que alude a la posición de este Tribunal a la hora de comprobar la satisfacción de aquéllos.

b) La segunda observación preliminar aludida se refiere al sentido y fundamento del control de la proporcionalidad de las normas penales. Un presupuesto lógico de la aplicación del principio de proporcionalidad es la identificación de los principios constitucionales que se ven limitados por obra de la medida impugnada y cuya constitucionalidad es objeto de controversia. Así lo hemos reiterado en nuestra doctrina, ya desde la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3, en la que advertíamos que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales... Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad» (en idéntico sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

Este planteamiento es, por lo demás, coherente con la función institucional del principio de proporcionalidad que, como es conocido, opera como presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen principios constitucionales y, más concretamente, como límite de las normas y actos que limitan los derechos fundamentales, de ahí que sea en las disposiciones constitucionales que los reconocen donde debe encontrarse el fundamento normativo de este presupuesto de constitucionalidad de la ley. El de los derechos reconocidos en la Constitución es, en efecto, el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad: «[a]sí ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5; 66/1985, fundamento jurídico 1; 19/1988, fundamento jurídico 8; 85/1992, fundamento jurídico 5; 50/1995, fundamento jurídico 7)» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3; 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

8. De lo anterior se deriva que la primera cuestión que debe ser analizada como presupuesto de la comprobación de la proporcionalidad de una medida, también cuando ésta constituye una norma penal, es la de cuáles son los principios o derechos constitucionales cuyo contenido se ve restringido como consecuencia de su adopción, puesto que, en caso de que no se produjera una restricción de esa naturaleza, carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcionada.

a) De un lado, al limitarse, en el caso que nos ocupa, el objeto de la duda de constitucionalidad a la norma que prevé la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación en relación con determinados tipos penales de cuya constitucionalidad, en sí mismos considerados, no se hace cuestión, nuestro análisis habrá de dejar a un lado las posiciones jurídicas afectadas por las prohibiciones contenidas en las correspondientes normas de conducta, para centrarse exclusivamente en aquellas otras situaciones jurídicas sobre las que se proyecta la norma de sanción contenida en el art. 57.2 CP. En efecto, cuando el objeto de nuestro enjuiciamiento es una norma que contempla la amenaza de la privación o restricción de ciertos bienes, la supuesta «desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

Pues bien, al igual que en el caso de la pena de prisión, la que ahora nos ocupa es una pena que tiene por objeto la restricción de la libertad del penado, por más que no se refiera tanto a su manifestación de libertad deambulatoria (art. 17 CE), que es la que resulta afectada por aquélla (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22), como a la relativa a la libertad de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19.1 CE). A la misma conclusión hemos llegado en relación con la medida cautelar que se concreta en la obligación de residir en un lugar determinado (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5). En efecto, el ámbito vital consistente en fijar libremente el lugar donde estar de manera transitoria o permanente resulta, si no radicalmente suprimido, sí parcialmente limitado como consecuencia de la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima, a cualquier lugar donde se encuentre, así como de acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, de manera que será la restricción de este derecho la que habrá de satisfacer las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

b) En conexión con tales libertades fundamentales, ha de señalarse que la imposición de la pena de alejamiento, al impedir al penado y a la víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, también afecta negativamente a un principio cuya restricción ha de ser tenida en cuenta, en los términos que después indicaremos, en el control de constitucionalidad de la disposición impugnada. Se trata del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida y que, por más que pueda someterse, como ocurre con otras normas de la Constitución, a límites o exclusiones a raíz de su ponderación con otras normas constitucionales, se proyecta sobre la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que resulta impedida o entorpecida como consecuencia de la prohibición de aproximación. Así lo hemos reconocido en nuestra STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, respecto de la libertad de procreación, que constituye, al

## JURISPRUDENCIA • TC

igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad naturalmente afectada como consecuencia de la imposición de la pena de prohibición de aproximación.

c) Por el contrario, y frente a lo aducido por la Sala en su Auto de planteamiento, en el que se alega la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el denominado «derecho a la vida familiar» [art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, en la misma línea, art. 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en relación con el art. 6 del Tratado de la Unión Europea], la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE). Según hemos precisado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, este último precepto citado «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Y precisado que el derecho a la intimidad “se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. “No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegido” (STC 231/1988)” (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)» (FJ 11).

La imposición de la pena de alejamiento afecta, pues, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege «es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres» (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros ponga una intromisión en

el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la STC 151/1997, de 29 de septiembre).

Por lo demás, la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8.1 CEDH, que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha deducido de este precepto un «derecho a la vida familiar», debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, hemos señalado que «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH» (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese «derecho a la vida familiar» derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional. 9. Como consecuencia del precepto impugnado sufren, por tanto, una restricción inmediata los derechos a elegir libremente el lugar de residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE), pues son éstas las posiciones jurídicas del autor sobre las que opera directamente la prohibición de aproximación o, si se prefiere, las que constituyen su objeto. Asimismo, y en conexión con los anteriores, la imposición de esta pena puede incidir de manera indirecta o mediata en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), ahora tanto del autor como de la víctima del delito, al restringir el espacio de autonomía respecto de la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que este principio constitucional protege.

Sin embargo, de ello no se deriva sin más, como es obvio, la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino más bien su sujeción a un canon de control que, aunque no se agota en ellos (art. 53.1 CE), comprende la satisfacción por parte de la medida que incorpora de los dos presupuestos de constitucionalidad que resultan controvertidos en este proceso constitucional: de un lado, el consistente en perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, en los términos que se expondrán a continuación, y, de otro, el relativo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige, conforme a nuestra doctrina (STC 66/1995, de 8 de mayo, FFJJ 4 y 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 8 y ss.; y 136/1999, de 20 de julio, FJ 23), comprobar sucesivamente el cumplimiento de los tres requisitos siguientes. En primer lugar, la medida debe ser idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue, o, según afirmamos en la STC 136/1999, de 20 de julio, la pena ha de ser «instrumentalmente apta para dicha persecución» (FJ 23). En segundo lugar, la medida debe ser también necesaria, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que

## JURISPRUDENCIA • TC

resultan limitados como consecuencia del art. 57.2 CE «para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» (loc. cit.). Y, finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, de modo que no concurra un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» (loc. cit.) entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro.

10. Procede a continuación verificar si el art. 57.2 CP satisface el primero de los dos presupuestos que integran el canon de control descrito, conforme al cual sólo cabe afirmar la proporcionalidad de una norma penal cuando ésta persiga la preservación de bienes o intereses constitucionalmente legítimos: «para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes” (STC 55/1996, fundamento jurídico 7; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El presupuesto del que parte la argumentación contenida en el Auto consiste en que «la prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración delictiva». A partir de esta consideración, la Sala denuncia que el art. 57.2 CP contempla la imposición del alejamiento «a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima», que «se desentiende de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del delincuente», que resulta innecesaria porque el art. 57.1 CP permitiría ya proteger a la víctima, y que es inidónea para la consecución de esa finalidad cuando se impone en contra de la voluntad de ésta.

Frente a ello, conviene aclarar que la identificación de la función de una medida adoptada por el legislador no es presupuesto sino resultado de la integración de su régimen jurídico, de tal manera que habrá que estar a la concreta disciplina jurídica a la que la ley ha sometido la prohibición de aproximación, en cada una de sus posibles modalidades, para determinar con precisión cuál sea su función institucional en cada caso. Así, es claro que la prohibición de aproximación tiene una función de pura protección subjetiva de la víctima cuando se impone como medida cautelar (art. 544 bis LECrim) o como medida de seguridad (art. 96.3.9 CP), puesto que en estos casos la prohibición sólo puede

acordarse motivadamente si el órgano judicial considera que el alejamiento «result[a] estrictamente necesario al fin de protección de la víctima» (art. 544 bis LECrim), o si «del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pued[e] deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos» (art. 95.1.2 CP). También prima la función de protección subjetiva de la víctima en el caso del alejamiento que se puede imponer como pena accesoria facultativa de conformidad con el art. 57.1 CP, puesto que, en cuanto tal, no habrá de acordarse en todo caso sino «atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente».

Sin embargo, por más que su objeto sea idéntico, la finalidad de la prohibición de aproximación no puede considerarse inalterada cuando la ley la configura como pena accesoria y contempla su imposición «en todo caso». En particular, junto a la función asegurativo-cautelar que indudablemente tiene la pena cuestionada, y que no es exclusiva de ella sino predicable también del resto de las penas asociadas a estos tipos penales, la medida contenida en la disposición impugnada tiene como finalidad inmediata o directa la de proteger los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, una función ésta que no sólo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas. Puede, aún, precisarse, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, que aquella función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima no deja de ser una manifestación de esta última, más general y que la comprende, puesto que las finalidades preventivas de la pena, en sus diversas modalidades, no representan objetivos distintos e independientes, sino que constituyen los modos en los que las normas penales cumplen su finalidad principal de protección de bienes jurídico-constitucionales.

A propósito de la vinculación de los fines del art. 57.2 CP con los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales a los que se remite el art. 57.1 CP, el órgano judicial denuncia que el precepto cuestionado «no identifica con suficiente nitidez el bien jurídico que trata de proteger dada la multiplicidad de delitos a los que se aplica, no sólo los delitos de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor, contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para indemnidad de la víctima». Dejando a un lado la afirmación, ciertamente discutible, de que los delitos contra el honor y contra el patrimonio no alteran la indemnidad de la víctima, conviene precisar que en nada afecta a su constitucionalidad el hecho de que el precepto contemple la imposición de una determinada pena accesoria en relación con una multiplicidad de delitos, a su vez definidos mediante las correspondientes disposiciones del Libro II del Código penal que tipifican cada uno de ellos.

## JURISPRUDENCIA • TC

Mientras que estas últimas contienen más elementos a partir de los cuales identificar el bien jurídico protegido por la norma de conducta —por más que en ocasiones puedan no ser suficientes—, la finalidad a la que sirven las normas que, como la aquí cuestionada, tienen un carácter horizontal o transversal ha de integrarse acudiendo a las disposiciones normativas a las que ellas mismas se remiten o en relación con las cuales deben interpretarse sistemáticamente. Así ocurre con el grueso de las disposiciones contenidas en el Título III del Libro I del Código penal, y, en particular, con los arts. 54 CP y ss., que regulan con carácter general las penas accesorias.

La finalidad inmediata perseguida por el legislador mediante el art. 57.2 CP es, por tanto, la de proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el art. 57.1 CP —vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.— mediante la evitación de futuros ataques que no se individualizan ni sólo ni principalmente por el hecho de ser violentos —ya que no todos esos delitos lo son—, sino sobre todo por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP. Por su parte, la protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración delictiva por el condenado, a la que indudablemente sirve la prohibición de aproximación, al igual —según se verá— que su contribución a las diversas manifestaciones de la función de prevención de la pena, no son sino los caminos a través de los cuales el precepto cuestionado persigue ese propósito de protección de aquellos bienes jurídicos. Asimismo, junto a esta finalidad directa o inmediata, la configuración que del alejamiento realiza el art. 57.2 CP tiene también otras finalidades secundarias como la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos.

11. Una vez identificados los fines perseguidos por el legislador mediante la norma cuestionada, la siguiente cuestión a analizar es la de si esos fines son o no constitucionalmente legítimos desde el punto de vista de la aplicación del canon de control expuesto, ya que el sacrificio de libertad que genera el art. 57.2 CP sólo será inconstitucional «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7). A este respecto conviene precisar, con carácter preliminar, que en el Auto de planteamiento la Sala no cuestiona la licitud constitucional del fin que persigue la norma, sino más bien la proporcionalidad de esta última en cuanto medio para su consecución, y, especialmente, su adecuación al fin relativo a la protección de la víctima frente a la futura reiteración de la conducta punible por el autor. Pero es que, ade-

más, y sobre todo, difícilmente puede negarse que, considerados en abstracto, y por tanto con independencia de los términos en los que la medida ha sido configurada por el legislador, esos fines son legítimos en cuanto capaces de justificar la restricción de los derechos afectados mediante la norma en cuestión, puesto que su tutela no sólo no está constitucionalmente prohibida, sino que incluso responde a la tutela de posiciones jurídicas protegidas por derechos fundamentales como son los derechos a la vida, a la integridad física o a la libertad personal. Finalmente, la legitimidad constitucional del fin no sólo se aprecia considerando en abstracto los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales en relación con los cuales el art. 57.2 CP contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, sino también a la luz de las concretas agresiones frente a las cuales la norma trata de protegerlos, que, según se ha señalado, se caracterizan por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares.

Debemos, pues, concluir que la norma cuestionada, por más que suponga una restricción de posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas, sirve a la protección de fines constitucionalmente legítimos; otro problema distinto es el de la intensidad y los términos en los que se producen aquellos efectos, cuestión ésta que corresponde analizar a continuación.

12. El otro elemento integrante del canon de control expuesto consiste, efectivamente, en el cumplimiento por parte de la norma penal del principio de proporcionalidad, en virtud del cual la medida que ésta incorpora debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Por lo que respecta a la exigencia de adecuación, que procede comprobar en primer lugar, de nuestra doctrina se deriva que la norma cuestionada ha de ser idónea o adecuada en punto a la satisfacción de la finalidad a la que pretendidamente sirve, o en los términos de la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, «instrumentalmente apta para dicha persecución». El principio de adecuación reclama, por tanto, la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado por el legislador y el fin que con él se persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad. Finalmente, la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación del art. 57.2 CP, desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que sólo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquélla en este estadio del control de proporcionalidad si

## JURISPRUDENCIA • TC

resultara manifiesto que la imposición obligatoria de la pena de alejamiento entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines. En su Auto de planteamiento niega la Sala que el art. 57.2 CP satisfaga el presupuesto relativo a la adecuación de la medida que contiene: «el alejamiento forzoso en contra de los deseos de la víctima no es una pena idónea para los fines pretendidos. La prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración delictiva. Ello exige [continúa el Auto] un juicio de pronóstico que los sustente, como dice el apartado primero del propio art. 57 CP. La aplicación automática de la pena al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima carece de explicación racional. Como la pena tiene una consecuencia directa para la víctima, la ruptura de la convivencia, ya matrimonial, de pareja o familiar, contra su voluntad está inclinado (sic) indefectiblemente a incumplirla». La carencia de explicación racional de la medida conduciría, en fin, a que la medida no supere este primer elemento del test de proporcionalidad, así como a la violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

13. La duda de constitucionalidad formulada por la Sala en relación con la falta de adecuación del art. 57.2 CP debe ser rechazada. Ante todo, si el origen de la supuesta falta de idoneidad del alejamiento forzoso radicara, como se alega, en que el precepto, al contemplar su imposición «en todo caso», permite su adopción «en contra de los deseos de la víctima», la alegación debería conducir a cuestionar también la constitucionalidad del art. 57.1 CP, puesto que este precepto también permite al órgano judicial, siempre que sea necesario desde la perspectiva de los dos criterios que en él se enuncian, imponer la pena de alejamiento incluso «en contra de los deseos de la víctima». Luego el problema no parece residir tanto en que la pena pueda imponerse en contra de la voluntad de aquélla, cuanto en que se pueda imponer en casos en los que la justificación de tal medida no resulte de la necesidad de protegerla frente a futuras reiteraciones del hecho punible, supuesto en el que, al parecer del órgano judicial, la imposición de la medida «carece de explicación racional», debiendo entonces reputarse inadecuada y arbitraria.

Sin embargo, esta argumentación tampoco puede acogerse porque descansa, según se ha razonado ya, en una precomprensión errónea de los fines a los que sirve el precepto cuestionado, que no son los propios de una medida cautelar, ni los de una medida de seguridad ni, en fin, tampoco los de una pena accesoria de imposición potestativa como la prevista en el art. 57.1 CP. La adecuación de la pena accesoria de imposición obligatoria prevista en el art. 57.2 CP ha de verificarse en relación con los fines que con ella persigue el legislador penal, de modo que su examen pasa por comprobar si la conminación penal que realiza el precepto es o

no un medio adecuado para proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el art. 57.1 CP mediante la evitación de comportamientos futuros que los lesionen o pongan en peligro y que se caractericen por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP.

En este orden de cosas, no parece discutible que la amenaza de la sanción prevista en el art. 57.2 CP puede contribuir a influir en el comportamiento de sus destinatarios disuadiéndoles de realizar en el futuro las conductas desvaloradas por el legislador mediante los correspondientes tipos penales. La contribución positiva del precepto impugnado a la protección de esos bienes jurídicos se concreta, en cuanto norma de sanción, en su función preventiva de futuras lesiones, la cual, a su vez, se articula a través de dos mecanismos.

Por un lado, la amenaza de la imposición de la pena accesoria de alejamiento, al igual que la pena principal, debe en principio considerarse eficaz en punto a la prevención general de futuras agresiones a esos bienes jurídicos, especialmente si se tiene en cuenta que el carácter preceptivo de aquélla contribuye a incrementar la certeza de la respuesta sancionadora. Sería, desde luego, posible que una pena de imposición obligatoria, en atención a los diversos factores que inciden en su función de motivación, no llegase a desplegar eficacia instrumental alguna desde esta perspectiva de la prevención general, pero lo cierto es que, ni éste parece ser el caso, ni en el Auto de planteamiento ha llegado la Sala a hacer cuestión de ello.

Por otro lado, la amenaza de la imposición de la pena de alejamiento cumple también una función de prevención especial, particularmente por lo que respecta a la reiteración delictiva contra la propia víctima. En efecto, incluso si atendiéramos de manera exclusiva, tal y como propone el Auto de planteamiento de esta cuestión, a la finalidad de protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración del hecho delictivo por el autor, la duda de constitucionalidad formulada por el órgano judicial tampoco podría ser acogida porque resulta patente que la prohibición de aproximación, con la consiguiente separación física entre el autor y la víctima, puede contribuir razonablemente a la realización de ese fin.

Lo anterior conduce a desestimar la alegación relativa a la falta de idoneidad de la norma cuestionada, así como, por tanto, la de su supuesta arbitrariedad. Según hemos afirmado reiteradamente, «al enjuiciar un precepto legal al que se tacha de arbitrario, nuestro examen ha de centrarse en determinar si dicho precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad» (STC 128/2009, de 1 de junio, FJ 3, entre otras muchas). En este caso, el órgano promotor de la cues-

## JURISPRUDENCIA • TC

ción no alega discriminación alguna generada por la norma, sino únicamente la inexistencia de una explicación racional que la justifique, cuyo origen se encontraría en la supuesta falta de adecuación de la medida en punto a la protección de la víctima, de tal manera que, una vez descartada ésta última, procede hacer lo propio con la supuesta arbitrariedad del art. 57.2 CP.

Cuestión distinta es que, en atención a los concretos términos en los que la prohibición ha sido configurada por el legislador, el órgano judicial considere que el art. 57.2 CP genera un sacrificio excesivo de libertad, pero ello no conduciría a la inadecuación o a la arbitrariedad de la medida sino, en su caso, a que ésta tuviera que reputarse innecesaria o desproporcionada.

14. Una vez comprobada la adecuación de la medida corresponde, por tanto, verificar la satisfacción del principio de necesidad. Según hemos afirmado reiteradamente, desde «la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (STC 55/1996, fundamento jurídico 8)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23). De ahí que con carácter general no baste para justificar la inconstitucionalidad de la norma penal en virtud del principio de necesidad con proponer diversas medidas alternativas a la que se deriva de la disposición impugnada. En efecto, «el juicio de necesidad que compete a este Tribunal es mucho más complejo y matizado. Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre “la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia... tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido”; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando “las medidas alternativas [sean] palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada” (STC 161/1997, fundamento jurídico 11)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28).

En el Auto de planteamiento de la cuestión se aduce que la pena prevista por el art. 57.2 CP es «[d]oblemente innecesaria»: lo sería, de un lado, porque «todos los fines y funciones de la pena, los de prevención general, positiva y negativa, los de prevención especial y los de retribución son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos, por lo que la

imposición de la pena accesoria es a tales efectos innecesaria»; y también lo sería, de otro, porque «el apartado primero del art. 57 permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento siempre que considere (sic) su conveniencia para proteger a la víctima, incluso, contra su propia opinión, cuando la gravedad del hecho y el pronóstico de reincidencia así lo aconseje».

Así las cosas, la medida alternativa propuesta en el Auto al examinar la necesidad de la contemplada en el art. 57.2 CP es su pura y simple inexistencia: el régimen de sanciones que se derivaría de la desaparición del precepto impugnado quedaría integrado por las penas principales previstas para los delitos contemplados en el art. 57.1 CP en las normas que regulan cada tipo penal y por la pena accesoria de alejamiento de imposición facultativa prevista en el art. 57.1 CP. En el Auto de planteamiento cada una de estas dos respuestas sancionadoras —parece que, incluso, aisladamente consideradas— se reputa capaz de justificar el carácter innecesario del art. 57.2 CP.

15. No se puede dudar de que la alternativa propuesta entraña una menor intensidad coactiva que la opción acogida por el legislador puesto que, como es obvio, el régimen sancionador descrito es menos restrictivo para los principios y derechos afectados por la pena de alejamiento que el que se deriva del art. 57.2 CP. En efecto, frente a la imposición preceptiva de la pena principal y de la pena accesoria de prohibición de aproximación, en ausencia del precepto cuestionado la misma conducta merecería la imposición de la pena principal en todo caso, pero la accesoria de alejamiento sólo se impondría facultativamente si, a juicio del órgano judicial, fuera necesario en el caso concreto atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

Sin embargo, según se ha adelantado, ello no es suficiente para concluir la inconstitucionalidad de la medida, puesto que, junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de ésta última. Sólo en tal caso la adopción de la medida menos restrictiva vendría constitucionalmente exigida por los principios constitucionales que resultan afectados. Pues bien, al tratarse en este caso de una norma que contempla la imposición preceptiva de una sanción accesoria y venir integrada la medida alternativa por su simple desaparición, la fundamentación desarrollada con anterioridad en relación con la adecuación o idoneidad de la medida impugnada permite llegar al tiempo a la conclusión de que el régimen sancionador que se derivaría de la inexistencia del art. 57.2 CP no sería en ningún caso igualmente eficaz para la satisfacción de la finalidad perseguida que el contemplado por la disposición impugnada, puesto que con aquella medida alternativa simplemente desaparecería, sin resultar

## JURISPRUDENCIA • TC

compensado por otras vías, el incremento de eficacia que se cifra en la contribución positiva de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento a la tutela de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales contemplados en el art. 57.1 CP mediante la función de prevención de futuras lesiones. Por lo demás, al alegar que «todos los fines y funciones de la pena... son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos», la Sala olvida que el juicio de necesidad requiere comprobar el grado en el que cada una de las diversas medidas contribuyen a la consecución de esos fines y funciones.

En definitiva, por más que la medida alternativa planteada en el Auto de cuestionamiento genere efectivamente una menor restricción de los principios y derechos constitucionales afectados como consecuencia de la norma penal impugnada, no puede considerarse razonablemente que despliegue un grado semejante de consecución del fin perseguido, razón por la cual ha de concluirse que la imposición preceptiva de la pena de alejamiento contemplada en el art. 57.2 CE satisface las exigencias del principio de necesidad.

16. Más problemas plantea, sin duda, el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto, cuya comprobación exige, de acuerdo con nuestra doctrina, valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquélla en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente. Sólo en tal caso producirá la norma un «patente derroche inútil de coacción» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, entre otras) y resultará la declaración de su inconstitucionalidad por nuestra parte respetuosa con el margen de libre configuración política que corresponde al legislador democrático.

A juicio de la Sala promotora de esta cuestión de inconstitucionalidad, la «imposición de la pena de alejamiento “en todo caso”, impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad que corresponde al juez». En el Auto se recuerda que en nuestra STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que el «coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y

tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables» (FJ 30). La Sala concluye su argumentación acerca de la desproporción en la que incurriría el precepto cuestionado afirmando que la «imposición forzosa del alejamiento impide al Juez su función básica de determinar y adecuar la pena a las condiciones del hecho castigado y a la efectiva protección a la víctima».

Tal y como ocurre, en general, con las normas penales, el art. 57.2 CP genera unos efectos de intensidad considerable sobre los principios y derechos a los que antes se ha hecho referencia, que tienen su origen, particularmente, en la doble circunstancia consistente en que el precepto ordena la imposición de la pena controvertida en todo caso y en que ésta se contempla en relación con un conjunto tan numeroso como heterogéneo de tipos penales. Sin embargo, de la comparación de la entidad de esos efectos con el grado de satisfacción de los fines que con él persigue el legislador penal no resulta un exceso o desequilibrio como el requerido para constatar su estricta desproporción; y menos aún cabe afirmar que este exceso sea una falta de proporcionalidad «evidente» o «manifiesta», de tal manera que debiéramos declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Esta conclusión que avanzamos es el resultado de los razonamientos que siguen.

17. En primer lugar, no es, sencillamente, cierto que la imposición forzosa del alejamiento impida al órgano judicial atender a las circunstancias del caso para graduar la intensidad de la respuesta penal. El art. 57.2 CP interpretado en relación con los arts. 57.1 y 48.2 CP define, en los términos empleados por nuestra doctrina, un amplio marco punitivo que pone «a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas».

Por una parte, aunque el art. 57.2 CP ordena la imposición de la pena «en todo caso», la duración de la prohibición puede ser concretada por el órgano judicial a partir de un intervalo temporal ciertamente extenso: en principio, «el juez o tribunal acordará la pena accesoria por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave»; no obstante, al establecer esta regla «sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior», el límite inferior del margen temporal queda corregido en función de lo previsto en esta última disposición: «si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave». Todo ello conduce

## JURISPRUDENCIA • TC

a que el órgano judicial disponga de un marco punitivo considerablemente extenso.

Por otra parte, en el caso de que la pena principal no fuera de prisión la duración de la pena accesoria tiene un límite máximo de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, y un límite mínimo de un mes en ambos casos, de conformidad con lo establecido en el art. 40.3 CP en relación con el art. 33.6 CP, lo que abre amplias posibilidades al juez o tribunal, a la hora de determinar la pena, para adecuar su concreta duración a las circunstancias y necesidades del caso.

Tanto en uno como en otro supuesto dispone, pues, el órgano judicial de un amplio margen de arbitrio respecto de la fijación de la duración de la pena accesoria. Además, la regla especial incorporada en el art. 57.2 CP —la imposición, en todo caso, de esta pena accesoria en los supuestos contemplados en tal precepto— no excluye que el ejercicio de ese margen de arbitrio pueda realizarse atendiendo a las circunstancias consignadas en el art. 57.1 CP: la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente, elemento éste último en cuya valoración adquiere un papel relevante la percepción subjetiva que de ese peligro tenga la víctima, así como cuáles sean sus intenciones en relación con el mantenimiento o reanudación de la convivencia con el agresor y la reconciliación con el mismo.

18. En segundo lugar, la disposición impugnada ha de ser puesta en conexión con otros preceptos penales en relación con los cuales se interpreta y aplica, que contribuyen a flexibilizar aún más los términos en los que el legislador ha configurado normativamente la posibilidad de que el órgano judicial acomode la intensidad de la respuesta sancionadora a las características del caso concreto.

De un lado, en un caso como el del proceso que ha dado lugar a la promoción de esta cuestión de inconstitucionalidad, a lo anterior se añade que el órgano judicial, en el momento de aplicación de la pena, puede tomar adicionalmente en consideración el art. 153.4 CP, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de la violencia de género, que entró en vigor el día 30 de junio de 2005, con anterioridad, por tanto, del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El citado precepto dispone que el «Juez o Tribunal, razonándolo en la Sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrán poner la pena inferior en grado». Este precepto, al igual que las disposiciones semejantes previstas para los delitos de amenazas (art. 171.6 CP) y coacciones (art. 172.2 in fine CP), debe ser puesto en relación con el art. 57.2 CP y, a su vez, con los arts. 70.2 y 71 CP, y afectaría también a la pena que ahora nos ocupa, que en función de tales circunstancias podría ver aún más reducido su límite mínimo en tanto disminuiría el de la pena principal, lo que amplía aún más las posibilidades de ajustar la pena a las circunstancias concretas concurrentes en el caso.

De otro lado, también en el momento de aplicación de la pena podrá el juez tomar en cuenta, como es obvio, las circunstancias atenuantes concurrentes en el caso, incluso las de análoga significación, que permitirán, haciendo el uso procedente de las reglas de aplicación de las penas (arts. 66 y ss y, en particular, art. 71 CP), adecuar la pena de alejamiento a las circunstancias concurrentes en el caso y, entre ellas, a las necesidades específicas de protección que tenga la víctima, lo que posibilitará cumplir los plurales fines de las penas que el legislador asigna a cada tipo delictivo, al mismo tiempo que se adecuan las finalidades precautorias-asegurativas a las necesidades realmente existentes en cada caso concreto.

En definitiva, el art. 57.2 CP configura un régimen de sanciones lo suficientemente flexible como para que el juez o tribunal pueda graduar la intensidad de la respuesta sancionadora a la luz de las circunstancias del caso. La disposición cuestionada otorga al órgano judicial un margen de arbitrio que le permite valorar en el caso concreto las exigencias que se derivan de los fines a los que sirve la norma penal y de los principios y derechos que resultan afectados por ella. Un margen de arbitrio que, obvio es decirlo, no resulta incompatible con el carácter preceptivo de la pena de que se trate, ya sea ésta la accesoria contemplada en este precepto o la principal establecida en otras disposiciones penales. Al igual que ocurre, en efecto, con otras penas cuya imposición está contemplada con carácter preceptivo por el legislador penal, podría aquí decirse que, mientras que la norma penal permite al órgano judicial realizar una ponderación en el caso concreto respecto del *quantum* de la pena, la ponderación entre los principios constitucionales afectados en lo que respecta al alcance de la sanción habría sido ya realizada por el legislador penal. Y es que lo que demanda el órgano judicial no es una mayor flexibilidad en el marco punitivo diseñado por el art. 57.2 CP, sino la pura y simple supresión del régimen de sanciones que se deriva del precepto impugnado.

19. Todavía en este orden de cosas, en el Auto de planteamiento sostiene la Sala que a la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta de aplicación la doctrina vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 28 de septiembre de 2004, caso Sabou y Picarlab c. Rumania, en la que se declaró contraria al art. 8.1 CEDH una norma rumana en virtud de la cual la imposición de cualquier pena privativa de libertad habría de llevar aparejada como pena accesoria la suspensión automática de la patria potestad durante el periodo que durase la reclusión. Después de constatar que «la privación de la patria potestad del... demandante constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida familiar», el Tribunal constata que en el Derecho rumano «la prohibición de ejercer la patria potestad se aplica automáticamente y de manera absoluta en concepto de pena accesoria a toda persona que cumple una pena de prisión, sin ningún control por parte de los tri-

## JURISPRUDENCIA • TC

bunales y sin que se tengan en cuenta el tipo de infracción y el interés de los menores. Por tanto, constituye más bien una reprobación moral cuya finalidad es el castigo del condenado y no una medida de protección del niño». En el caso de autos, en particular, observa la Sentencia que «la infracción por la que se condenó al demandante era totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad y que en ningún momento se alegó una falta de cuidados o unos malos tratos por su parte hacia sus hijos» (§ 48). Teniendo en cuenta estas circunstancias, el Tribunal concluye que «no se ha demostrado que la privación en términos absolutos y por efecto de la Ley de la patria potestad del primer demandante respondiera a una exigencia primordial que afectara a los intereses de los niños y, en consecuencia, que persiguiese un fin legítimo, a saber la protección de la salud, de la moral o de la educación de los menores. En consecuencia, ha habido violación del artículo 8 del Convenio» (§ 49).

La doctrina expuesta no resulta de aplicación en este proceso constitucional. Dejando a un lado la circunstancia, ya advertida, de que, conforme a nuestra doctrina, del derecho a la «intimidad familiar» (art. 18.1 CE) no se deriva la existencia de un derecho a la «vida familiar», es suficiente a este respecto con resaltar las diferencias que median entre el art. 57.2 CP y la norma penal rumana sobre la que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 28 de septiembre de 2004. Mientras que esta última contemplaba la imposición como pena accesoria de la privación de la patria potestad a partir del momento en el que se iniciara la ejecución de una pena de prisión y durante todo el periodo durante el que el autor permaneciera recluido, con independencia, pues, de cuál fuera la infracción penal cometida, así como de si los hijos resultaron o no ofendidos por ella, el alcance del art. 48.2 CP, al que se remite el art. 57.2 CP, y, por tanto, la intensidad de la restricción sobre los principios y derechos constitucionales que se deriva de éste último, son mucho más limitados. En efecto, el art. 57.2 CP dispone que la prohibición de aproximación se acordará en todo caso, pero esa prohibición puede tener efectos diversos sobre los hijos menores del autor.

Por un lado, si los hijos menores fueron los ofendidos, entonces la prohibición de aproximación se impondrá respecto de ellos y de los lugares a los que se refiere el art. 48.2 CP, y llevará aparejada, según dispone ese precepto, la suspensión «del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena». En este supuesto la pena se impone, efectivamente, «en todo caso», pero, a diferencia del asunto resuelto por la STEDH de 28 de septiembre de 2004, la infracción por la cual se habría condenado al progenitor no sería «totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad», sino que habría tenido a los hijos, precisamente, como víctimas de uno de los delitos a los que se refiere el art. 57.1 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, etc.).

Por otro lado, si el sujeto ofendido no fuera un hijo menor del autor del delito, la suspensión del régimen de visitas no se producirá en modo alguno de forma automática, sino sólo, de conformidad con el tenor del art. 48.2 CP, si el juez o tribunal acordara extender a éste la prohibición de aproximación impuesta en relación con quien sí lo fuera —por ejemplo, el otro cónyuge titular de la custodia—, y en los términos en los que el órgano judicial así lo hiciera. El tenor literal del precepto es claro en cuanto a que la decisión corresponde al órgano judicial: «[l]a prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal».

En conclusión, lejos de sustentar la alegada falta de proporcionalidad de la regulación de la suspensión del régimen de visitas que se deriva del art. 57.2 en relación con el art. 48.2 CP, su comparación con el asunto resuelto por la STEDH de 28 de septiembre de 2004, caso Sabou y Picarlab c. Rumania, subraya las diferencias que median entre ambos, poniendo de manifiesto, en particular, el margen otorgado al juez o tribunal y, por tanto, la menor intensidad de los efectos que se derivan del régimen al que se refiere la presente cuestión de inconstitucionalidad.

20. En cuarto lugar, es de advertir que la disposición cuestionada contempla la imposición de la pena de alejamiento en relación con un conjunto numeroso y diverso de delitos, que alcanza desde los que protegen bienes jurídicos tan íntimamente vinculados al núcleo de la dignidad humana como la vida, la integridad física y moral o la libertad, hasta los delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico. Sin embargo, el alcance de la restricción de los principios y derechos afectados que de esta circunstancia se deriva ha de ser relativizado como consecuencia del art. 268 CP, que atempera en gran medida el rigor punitivo del precepto impugnado al establecer una exención de responsabilidad criminal en relación con los delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico, siempre que no concurra violencia o intimidación, cometidos entre los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos.

21. Si las consideraciones anteriores contribuyen a apreciar en sus justos términos el grado en que la norma penal cuestionada afecta negativamente a los principios y derechos sobre los que interviene, procede destacar ahora que el grado en que esa norma satisface las exigencias que se derivan de los principios constitucionales cuya protección constituye la finalidad de la medida que contiene resulta particularmente intenso. Y ello es así por dos motivos. De una parte, no puede dejar de resaltarse la extraordinaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger mediante la conminación penal que se deriva del art. 57.2 CP, que remiten a posiciones jurídicas

## ARTÍCULO 14

## JURISPRUDENCIA · TC

específicamente protegidas por disposiciones constitucionales expresas (art. 15 CE, art. 17 CE, art. 18 CE, etc.). De otra parte, mediante este precepto el legislador pretende proteger esas posiciones jurídicas fundamentales frente a agresiones que razonablemente le merecen un especial desvalor, tanto porque, en la mayor parte de los supuestos contemplados en su presupuesto de hecho, se caracterizan por ser agresiones violentas, como por materializarse en el seno de relaciones afectivas, de convivencia o de tipo familiar o cuasifamiliar.

La particular relevancia de los bienes jurídico-constitucionales aludidos, así como la circunstancia de que las agresiones descritas por el art. 57.2 CP, en virtud del modo y el contexto en el que se producen, se hagan acreedoras de un mayor desvalor para el legislador penal determina que sea asimismo mayor la contribución de la medida que este precepto contiene a la protección de los fines que con ella se persiguen. De igual modo, estos dos factores permiten concluir que la especial intensidad de la restricción de los principios y derechos que resultan afectados negativamente por dicha medida se corresponde con el alcance, asimismo considerable, de las exigencias que se derivan de los principios a los que sirve.

22. Siendo ello así, finalmente, y teniendo en cuenta que el que nos ocupa es un juicio de estricta validez, nuestra decisión ha de ser la de desestimar la presente cuestión, puesto que, desde la posición institucional que le es propia a este Tribunal, para poder apreciar la inconstitucionalidad de las decisiones del legislador que expresan el resultado de juicios de ponderación entre principios constitucionales es preciso que las razones derivadas de aquellos a los que éste haya otorgado menor peso sean de una tal intensidad que resulten capaces de desplazar no sólo a las que se derivan de los principios opuestos, sino también a las exigencias procedentes de los principios de democracia y pluralismo político, especialmente intensas en relación con la formulación normativa de la política criminal. Esas exigencias conducen, según hemos señalado ya, a que sólo quepa declarar la inconstitucionalidad, por su desproporción, de la ley penal cuando el exceso o desequilibrio imputado a la medida que incorpore resulte verdaderamente manifiesto o evidente. En otras palabras, mientras que cualquier desajuste entre las dos variables objeto de recíproca valoración en este estadio de control puede dar lugar a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida adoptada, para que esa desproporción adquiera relevancia constitucional ha de tratarse de un exceso verdaderamente patente y manifiesto.

No le es dado, en fin, a este Tribunal ir más allá en su labor de enjuiciamiento sin invadir el margen de libre configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático, tal como ya hemos indicado.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional,

POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA  
CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

COMENTARIO A LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE  
VIOLENCIA DE GÉNERO

Las Sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, SSTC) 41 y 48/2010, resuelven cuestiones de inconstitucionalidad referentes al art. 148.4 y 153.1 del Código Penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de la violencia de género.

La primera, STC 41/2010, de 22 de julio, soluciona las interpuestas sobre el art. 148.4 que, en su nueva redacción, dice que “las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado y al riesgo producido... si la víctima fuere o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”. Es esta, como se puede observar, una agravante con amplias posibilidades interpretativas, en la que -al menos- hay dos conceptos jurídicos bastante indeterminados: por una parte, la redacción de la palabra “podrán” que, a diferencia de “serán”, permite una aplicación o no de la norma a juicio del tribunal juzgador y, por otra, la relación de afectividad, que debe ser apreciada sin la presunción de que existe en todo caso cuando hay convivencia. Al no haberla aquí, la afectividad se demostrará constituyendo, por tanto, materia de prueba, y será igualmente el tribunal el que deberá apreciar si finalmente hay o no esa relación de afectividad.

Pese a que ya se habían venido resolviendo, acerca de las normas penales modificadas por la Ley Orgánica 1/2004, un importante número de cuestiones sobre cada una de las tipificaciones de los delitos llamados de género y, en general, sobre la constitucionalidad de la ley, siguen planteándose todavía otras referentes a las agravantes, en los mismos términos que las anteriores.

El Tribunal Constitucional, que ya había establecido una doctrina general importante respecto de esta Ley, aborda ahora esta cuestión sin salir de los parámetros de las anteriores sentencias. Estos son fundamentalmente tres: No hay desigualdad e inconstitucionalidad en el legislador que distingue ante el sujeto activo o pasivo de un delito, cuando la diferenciación es legítima por el fin que persigue la norma que incorpora. En este sentido, la finalidad de la diferenciación está en corregir la desigualdad producida por el histórico dominio del hombre sobre la mujer. En segundo lugar,

## ARTÍCULO 14

## JURISPRUDENCIA • TC

la adecuación o funcionalidad de la medida que la incorpora respecto de la consecución del fin perseguido por el legislador, valorando de diferente forma las lesiones que el hombre produce a la mujer sobre las que ella pueda producir al hombre, a fin de que tengan un mayor rechazo social, justificado ahora por esa genérica posición de superioridad de éste. Y, finalmente, ha de ser proporcionada esa medida a fin de que no resulte inaceptable desde el punto de vista constitucional.

A juicio del Tribunal Constitucional este precepto cumple perfectamente con los tres requisitos que justificarían esa desigualdad, compensatoria de la desigualdad de hecho que las mujeres tienen respecto de los hombres, históricamente establecida, y que debería dejar de existir.

Sin embargo, en el Fundamento Jurídico nº 9 se abre por el Tribunal Constitucional una línea de razonamiento, cuya lectura por la jurisdicción ordinaria puede producir algunas consecuencias importantes para el futuro de la aplicación de la norma. Dice este fundamento jurídico que “no puede desconocerse la opción seguida por el legislador de dejar al arbitrio del juez la aplicación de la agravante, siendo la misma, a tenor de su redacción típica, de imposición facultativa, debiendo atenderse al resultado causado y al riesgo producido. Ello supone que en la aplicación del art. 148.4 CP no solo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas, -que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del auto-, sino que junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aún estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado”.

Es importante señalar que “el resultado causado o el riesgo producido” se convierten ahora, a partir de esta sentencia del Tribunal Constitucional, en dos conceptos en extremo indeterminados jurídicamente, en la medida en que es evidente la dificultad de la prueba de un riesgo que, por definición, es de muy subjetiva valoración. Por esta razón, la Sentencia es desestimatoria de la cuestión, y el art. 148.4 es ahora plenamente constitucional, en una interpretación que ha de tener en cuenta estos dos elementos, que permitirán una amplia aplicación práctica.

No obstante, se repiten los votos particulares de las anteriores sentencias en los mismos términos, que habían venido considerando la inconstitucionalidad de los preceptos penales de esta Ley Orgánica 1/2004, por la injustificada desigualdad de trato entre mujeres y hombres, en una concepción formal del concepto de igualdad.

En la cuestión de inconstitucionalidad que da lugar a la STC 45/1010, de 28 de julio, además del art. 148.4 se cuestiona el art. 153.1 CP. Este artículo dice que “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y n día a tres años, así como, cuándo el juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Parte de este artículo había sido ya analizado de constitucionalidad por las SSTC 59/2008 y 81/2008, y había sido considerada plenamente constitucional. Se limita, pues, ahora el Tribunal Constitucional a la segunda parte de la norma cuestionada. Para ello el Tribunal utiliza el mismo test de constitucionalidad que ha venido exponiendo en todas las sentencias dictadas en esta materia: la legitimidad del fin perseguido, la adecuación de la medida y su proporcionalidad. Los votos particulares se reiteran también en los mismos términos.

Todavía con fecha 7 de octubre se ha dictado una nueva sentencia, la 60/2010, en una cuestión de inconstitucionalidad, acerca de otro aspecto controvertido en materia de violencia de género, esta vez en relación con el art. 57.2 del Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que establece la pena de alejamiento de la víctima. En el proceso de origen, el condenado trabaja en el mismo centro que la víctima y la orden de alejamiento le impide, de facto, su asistencia al trabajo. El tribunal que insta la cuestión considera que se lesionan algunos derechos fundamentales tanto del condenado como de la víctima y sus hijos.

El art. 57 del Código Penal plantea la posibilidad de que, ante determinados delitos, se pueda imponer la prohibición de acercarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, de tal

## JURISPRUDENCIA • TC

manera que no podrá el condenado acercarse a ellas, ni a sus domicilios, lugares de trabajo o cualquier otro por ellos frecuentado, quedando en suspenso -respecto de los hijos- el régimen de visitas, comunicación y estancia, que se hubiera reconocido en la sentencia de civil de divorcio, hasta el total cumplimiento de la pena. Esa pena que es potestativa para el conjunto de los delitos en ella descritos, se impone como necesaria en todo caso, cuando se trate de un caso de violencia de género.

El tribunal proponente de la cuestión, considera que se lesiona el derecho de tutela de la víctima cuando no es conforme con ese alejamiento, el principio de personalidad de las penas -porque se extiende a la víctima las propias consecuencias de la pena impuesta al condenado-, el principio de proporcionalidad de las penas -porque impide al juez graduar las consecuencias de su aplicación, al obligarlo a aplicarla "en todo caso"- y, finalmente, afectaría al derecho a elegir residencia y a la circulación libre por el territorio nacional, reconocidos en el art. 19.1 CE.

Razona el Tribunal Constitucional considerando cada uno de estos cuatro motivos de inconstitucionalidad y desestimando uno a uno todos ellos. Sobre el primero, se entiende que la pena se impone al condenado, con independencia de las consecuencias que genere en la víctima, porque su cum-

plimiento le corresponde a él, y la víctima, al ser parte en el proceso, tiene la ocasión de defenderse en todo momento procesal conforme a sus intereses. Respecto de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional tiene una amplia jurisprudencia construida en cuanto a las exigencias de racionalidad en la proporcionalidad de las normas penales y, en este caso, el daño que se intenta evitar es proporcionado a la pena que se cuestiona. Finalmente, el compromiso que debe tener la norma cuestionada con los derechos fundamentales, obedece al necesario equilibrio que debe mantenerse en general en el juego de la protección de los bienes y derechos: en este caso, la protección de la integridad física de la mujer es un bien que exige medidas que bien pueden reducir el contenido de otros derechos del condenado.

El razonamiento del Tribunal lleva a la desestimación de la cuestión y al reconocimiento de la plena constitucionalidad, por tanto, de la pena accesoria de alejamiento de la víctima en los casos de violencia de género. A diferencia de otras sentencias en la materia, no hay aquí ningún voto particular, lo que lleva a considerar que ha habido una clara unanimidad del Tribunal en la consideración de la desestimación de la cuestión. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

## AUTO 90/2010, DE 14 DE JULIO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO), POR EL QUE SE DENIEGA LA SUSPENSIÓN DE DETERMINADOS PRECEPTOS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO<sup>199</sup>

### II. Fundamentos jurídicos

1. La pretensión de los Diputados recurrentes de que se acuerde la suspensión de la vigencia de los arts. 5.1 e), 8 *in limine* y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2 párrafo primero, y disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se fundamenta en tres géneros de razones: por una parte, se argumenta que la medida cautelar solicitada es compatible con lo dispuesto en el art. 30 LOTC, pues lo que el precepto impide es la suspensión de la aplicación de la ley impugnada, pero no de los concretos preceptos de cuya constitucionalidad se duda; en su caso, el Tribunal debería proceder a plantear la autocuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 30 LOTC, lo que determinaría la suspensión de la aplicación de aquél al presente recurso, desapareciendo así el inconveniente legal. Por otra parte, concurre el *periculum*

*in mora* necesario para la adopción de la medida cautelar de suspensión, al existir un evidente perjuicio irreparable. Finalmente, existe en este supuesto el *fumus boni iuris*, pues se trata de una ley que regula numerosas cuestiones en sentido contrario a la doctrina constitucional.

Como resulta evidente, el análisis de los dos últimos argumentos sólo será procedente si se hubiese admitido el primero, cuyo examen resulta prioritario.

2. Como punto de partida, hemos de recordar que, según el art. 1.1 LOTC, el Tribunal Constitucional «está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica». Pues bien, los argumentos deducidos en la demanda no pueden enervar la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, ya que una y otra impiden que pueda acordarse alguna limitación a la aplicabilidad de la ley estatal como consecuencia de su impugnación ante este Tribunal. En efecto, la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su apli-

<sup>199</sup> Publicado en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 9 de agosto de 2010: puede verse en, [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12889](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12889). Sólo se reproducen aquí los Fundamentos Jurídicos.

## JURISPRUDENCIA • TC

cabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar, mientras que esa previsión sí se contempla en relación con las disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando las impugne el Gobierno de la Nación (art. 161.2 CE). Tal entendimiento se concreta de manera categórica en el art. 30 LOTC, al disponer: «La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas».

Por consiguiente, resulta patente que, según las determinaciones de la Constitución y la LOTC, no cabe acordar ninguna limitación a la aplicabilidad de la Ley estatal como consecuencia de que haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional. Y en este sentido se ha manifestado este Tribunal en una reiterada y firme doctrina. Ya en la STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3, nos referimos a la presunción de legitimidad de la que disfrutaban los actos o normas que emanan de poderes legítimos, que obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad; presunción que es tanto más enérgica, añadíamos, cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular, y que llega a su grado máximo en el caso de legislador. Por tanto, mientras no se haya destruido esa presunción a través de la constatación de que la Ley ha infringido la Constitución, esto es, mediante la declaración de su inconstitucionalidad, «toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución».

Carácter excepcional de la suspensión de las leyes que, en cuanto supone apartamiento de una regla general, requiere, como es lógico, de una previsión que ha de ser expresa, como la posterior doctrina del Tribunal se ha encargado de dejar precisado de manera clara, al afirmar (ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2) que esa suspensión «sólo es posible cuando esté expresamente prevista y ni la Constitución ni la Ley Orgánica de este Tribunal han atribuido a la interposición del recurso efecto suspensivo alguno cuando el recurso se dirige contra leyes del Estado ni han otorgado al Tribunal la facultad de acordar en este caso la suspensión de la Ley impugnada. Como intérprete supremo de la Constitución puede el Tribunal declarar la nulidad de los preceptos legales que sean contrarios a aquélla, pero sólo al término de un proceso mediante una decisión que razone la contradicción, pues su autoridad es sólo la autoridad en la Constitución y no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar para su voluntad libre el poder de ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación popular o dejar sin efecto provisionalmente la promul-

gación acordada por el Rey». Lo que quiere decir que, en el caso de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, el art. 30 LOTC impide su suspensión tanto automática como a solicitud de parte, fuera del caso previsto en el art. 161.2 CE. Y es que, como dijimos en el ATC 462/1985, de 4 de julio, «(l)os poderes de suspensión que tiene el Tribunal Constitucional están tasados. La suspensión automática prevista para otros casos (art. 161.2 citado) o a solicitud de parte (como es el supuesto del art. 64.3 LOTC) o de oficio o a instancia de parte (caso del recurso de amparo) son reglas que convienen a cada uno de los supuestos para los que están establecidas, pero no pueden extenderse a casos distintos de aquellos para las que están instauradas».

Doctrina que se ha reiterado en los AATC 128/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 266/2000, de 14 de noviembre, FJ único; y 58/2006, de 15 de febrero, FJ 4, en los que se destaca que la vigencia de las decisiones que emanan de los cuerpos legislativos no puede ser suspendida sino en virtud de un apoderamiento expreso que, cuando se trata de las leyes procedentes de las Cortes Generales, no ha sido otorgado al Tribunal Constitucional, según resulta de lo dispuesto en el art. 30 LOTC, precepto que sólo permite e impone el aplazamiento de la vigencia cuando se trate de leyes autonómicas que impugne el Gobierno de la Nación si lo pide a través de la invocación del art. 161.2 CE. Así pues, de acuerdo con las citadas previsiones de la Constitución y de la LOTC y con la doctrina constitucional, el Tribunal Constitucional tiene vedada la posibilidad de suspender la aplicabilidad de la ley estatal, por lo que debe rechazarse la petición de suspensión de los preceptos impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad.

3. No alteran la anterior conclusión las alegaciones realizadas en el recurso para justificar la compatibilidad de la medida solicitada con el art. 30 LOTC o sobre la forma de evitar el obstáculo impuesto por éste. En cuanto a las primeras, porque se fundamentan en una interpretación insostenible del art. 30 LOTC, ya que no es posible distinguir con base en su propio tenor entre la ley en su conjunto y los concretos preceptos de la misma que hayan sido impugnados para delimitar el objeto de la regla del reiterado art. 30 LOTC. La interpretación del precepto de manera acorde con las previsiones constitucionales y sistemáticamente con los demás preceptos de la LOTC reguladores de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad conduce a la inequívoca conclusión de que la imposibilidad de suspender la vigencia de una ley se refiere tanto a ésta en su conjunto como a los preceptos que la integran. Y éste es el entendimiento que de dicha prohibición ha efectuado este Tribunal al denegar las peticiones de suspensión de concretos preceptos de leyes del Estado en los casos resueltos por los AATC 141/1989, 266/2000 y 58/2006, aparte del supuesto a que se refieren los AATC 462/1985 y 565/1985, sobre la solicitud de suspensión del art. 119 del proyecto de

## JURISPRUDENCIA • TC

Ley Orgánica del Poder Judicial (que ya era Ley sancionada, promulgada y publicada en el momento de resolver sobre dicha petición) formulada por el Consejo General del Poder Judicial en un conflicto entre órganos constitucionales del Estado. Por lo demás, como señala el Abogado del Estado, tal interpretación, de extenderse al resto de preceptos de la LOTC que contienen el régimen del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (que también se refieren genéricamente a las leyes), conduciría a la absurda conclusión de que sólo cabrían dichos procedimientos cuando se cuestionara la constitucionalidad de la ley en su conjunto y no cuando se discutiera la adecuación a la Constitución de preceptos aislados de la misma.

La otra línea argumental de la demanda, que postula el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 LOTC, con objeto de obtener la suspensión de su aplicación al presente procedimiento, salvando así el obstáculo legal que impide atender la medida de suspensión postulada por los Diputados recurrentes, resulta inadmisibile, porque se fundamenta en una visión errónea de los presupuestos y consecuencias del planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad. En efecto, como advierte el Abogado del Estado, tal mecanismo sólo resulta procedente en el caso de los recursos de amparo, de acuerdo con lo previsto en el art. 55.2 LOTC, según se deduce de la propia doctrina de este Tribunal, que ha condicionado el planteamiento de la autocuestión a la previa existencia de un recurso de amparo (SSTC 40/1989, de 16 de febrero, FJ 2; y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6), hasta el extremo de que, en la autocuestión, se ha de ceñir el examen en el perímetro del debate trabado en el recurso de amparo previo (STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 2). En todo caso, frente a lo que se afirma en la demanda, el efecto que produce su planteamiento no es el de suspender la vigencia de la ley a la que se refiera la cuestión, sino la suspensión del procedimiento judicial en el que se haya suscitado, como se deriva de los arts. 163 CE y 35.3 LOTC. Es decir, que aun en el supuesto de que se planteara una autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 LOTC, a raíz de la petición de suspensión formulada por los recurrentes, el precepto continuaría vigente mientras se sustanciara la cuestión, siendo el procedimiento en el que se hubiese suscitado –esto es, el promovido por los recurrentes– el que quedaría en suspenso.

En suma, los argumentos expuestos no logran desvirtuar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, sin que, en consecuencia, sea preciso analizar los razonamientos relativos a la existencia de *periculum in mora* y de *fumus boni iuris* que se contienen en la demanda.

Por último, atendiendo a lo interesado en la demanda y a lo alegado por el Abogado del Estado, este Tribunal Constitucional dará carácter prioritario a la tramitación y resolución del presente recurso.

### COMENTARIO AL AUTO 90/2010 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE SUSPENSIÓN DE DETERMINADOS PRECEPTOS DE LA LEY ORGÁNICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se había venido anunciando desde el inicio de la tramitación parlamentaria de la ley, y se interpone por setenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de Diputados. El recurso no abarca todo el contenido de la ley, sino los que taxativamente afectan a la interrupción voluntaria del embarazo: son los Artículos 5.1 e); 8 *in límine* y letras a) y b); 12; 13; 14; 15 a), b) y c); 17.2 y 5; 19.2 párrafo primero -aunque, realmente, la impugnación se refiere al párrafo segundo-, y contra la disposición final segunda.

El recurso presentado contra la Ley Orgánica 2/2010 contenía una solicitud de suspensión de determinados artículos que supuestamente afectan al derecho a la vida. El Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse acerca de la suspensión de la aplicación de la ley mediante el Auto 90/2010, por el que se desestima esa petición con el acuerdo de la mayoría del Tribunal, aunque se han emitido varios votos particulares.

La solicitud de suspensión carece de cobertura constitucional y legal, ya que no está constitucionalmente prevista la suspensión de una ley estatal en casos de recursos de inconstitucionalidad, ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que regula dicho proceso, la prevé. Los supuestos de suspensión en los procesos constitucionales se limitan a las impugnaciones de leyes autonómicas, en las que el Gobierno de la nación puede solicitar la aplicación del art. 161.2 de la Constitución, la situación que se genera en los casos de autocuestión de inconstitucionalidad, y las posibilidades existentes en los recursos de amparo de instar la suspensión de la sentencia o acto sobre los que solicita el amparo.

No obstante lo anterior, los recurrentes consideraban posible la aplicación analógica del art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la extrema gravedad que supondría la pérdida de vidas humanas, para el caso, bastante probable a juicio de ellos, de que se estimase el recurso de inconstitucionalidad.

La argumentación del Tribunal Constitucional para la desestimación de la petición de suspensión se basa, justamente, en la falta de norma en la que sustentar la petición. El art. 30 citado dice taxativamente que “la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición

## JURISPRUDENCIA • TC

normativa o del acto con fuerza de ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto en el art. 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas”.

Este precepto constitucional, el art. 161.2, que permite la suspensión de una ley autonómica recurrida de inconstitucionalidad, se justifica históricamente por la reticencia con la que se aborda en la fase constituyente de nuestro ordenamiento, la distribución territorial del Estado: el Estado centralista se muestra desconfiado de la deriva que pueda llegar a tener el derecho aprobado por las Comunidades Autónomas e intenta, así, una defensa de esa centralidad, manteniendo un cierto control apriorístico de la legislación autonómica, frente a la ecuanimidad que se supone al Estado central. No tiene mayor justificación desde la teoría del Derecho Constitucional, cuya doctrina mayoritaria considera un importante agravio esa desconfianza hacia los Parlamentos autonómicos respecto del Gobierno del Estado, supuestamente mejor defensor de la Constitución. El tiempo ha demostrado que ese precepto no está justificado desde una concepción plural del Estado y el uso que se ha venido haciendo en los recursos en que ha planteado se ha administrado con prudencia por parte del Tribunal Constitucional. En todo caso, esa norma no se puede utilizar analógicamente para la suspensión de una norma estatal porque, como puede observarse, la razón que justifica el art. 161.2 de la Constitución se aleja de todo punto de las que fundamentarían la suspensión de una ley estatal.

Por tanto no es posible que el Tribunal Constitucional pueda suspender la vigencia de una ley emanada del Parlamento, sin apoyo legal alguno en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Muy al contrario, la soberanía popular, emanada del Parlamento, se impone como una presunción fuerte de constitucionalidad ante la posibilidad de que pueda adolecer de inconstitucionalidad, una vez juzgada por el Tribunal Constitucional y sometida al test de constitucionalidad.

Otro argumento utilizado por los recurrentes para la suspensión se contempla en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que prevé la suspensión de un procedimiento judicial en los casos de planteamiento de autocuestión de un recurso de amparo por el propio Tribunal Constitucional. En estos casos lo que se suspende es el procedimiento de amparo, a resultas de que la ley que supuestamente haya provocado la lesión del derecho fundamental, pudiera ser declarada inconstitucional. Es fácil entender lo alejado que resulta este argumento como apoyo de la suspensión de una ley.

Se inadmite, por tanto, la suspensión de la vigencia de los preceptos recurridos y parecería lógico pensar que, dada la

debilidad de los argumentos que sirven de base para esa petición, hubiera existido unanimidad en el Tribunal Constitucional. Muy al contrario, el Auto contiene un importante número de votos particulares, que intentan enhebrar un razonamiento por el que se pueda llegar a producir esa suspensión.

El primero de ellos considera que la fuerza de los derechos que defienden los recurrentes, especialmente el derecho a la vida que es la razón de los demás derechos, debería haber forzado a buscar la analogía e intentar razonar sobre la necesidad de amparar ese derecho a la vida dado que, en el caso de admitirse en su momento el recurso, se habrían producido daños irreparables.

En parecido sentido el segundo voto particular considera que no es necesario, en los casos de extrema gravedad como éste, que exista una previsión expresa de posibilidad de suspensión, sino que basta con que no se prohíba por el ordenamiento la suspensión de una norma, para que el Tribunal Constitucional pueda amparar la exigencia de que no se lleguen a producir consecuencias irreversibles. Considera aquí el discrepante que la razón de que el artículo 30 no prevea la posibilidad de suspensión de la ley, está en la regulación del recurso previo de inconstitucionalidad en el artículo 75 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, derogado en la reforma producida por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio. En tal recurso previo, se suspendía la tramitación de la ley hasta que se produjera sentencia por parte del Tribunal. Ignora aquí el discrepante que, justamente porque se obstaculizó considerablemente la acción de gobiernos, que vieron bloqueadas sus posibilidades de regulación del desarrollo de los derechos fundamentales por la vía de los recursos previos frente a proyectos de ley que hasta el año 1985 presentaba el Gobierno al Parlamento, se hubo de derogar ese recurso previo: por este mecanismo precisamente se sometió al Tribunal Constitucional la primera regulación postconstitucional de la interrupción voluntaria del embarazo, que se paralizó durante dos años. Dado que el recurso previo de inconstitucionalidad no está vigente hoy por la propia voluntad parlamentaria de que las leyes deban ser aplicadas hasta tanto no se declare su inconstitucionalidad, no parece razonable utilizar ese argumento para justificar ahora la suspensión de una ley.

El cuarto voto, que suscriben otros dos magistrados, abunda en la protección de derechos que pueden ser irreparables en un futuro. Plantea la hipótesis de una legislación descabellada y extrema, por ejemplo de autorización de la tortura o xenófoba o que permita la ablación de clítoris, y donde seguramente tendría que suspenderse su vigencia. La verdad es que así visto, lo que resulta descabellado es, desde luego, el voto particular, pues sitúa al Parlamento de la nación en un escenario imposible. La pérdida de cordura

## JURISPRUDENCIA · TC

del Parlamento, como la del propio Tribunal Constitucional, tiene sus ejemplos, pero de ahí a pensar que pudiera aprobar una ley de las características que los discrepantes imaginan hay una gran diferencia: es de suponer que, llegado el caso, nuestra esperanza, como ciudadanas y

ciudadanos, no sería que el Tribunal Constitucional suspendiera la vigencia de la ley, sino que nuestra esperanza sería ya ninguna. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 22/2010,  
DE 27 DE ABRIL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO - SALA CUARTA,  
DE 6 Y 7 DE JULIO DE 2010. PENSIÓN DE VIUDEDAD.  
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 22/2010<sup>200</sup>**

**Fundamento Jurídico 4.**

Como ya ha quedado señalado, y se aduce tanto en el Auto de planteamiento de la cuestión como en las alegaciones del Fiscal General del Estado, este Tribunal Constitucional declaró en su STC 125/2003, de 19 de junio, la inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil de «vivir maritalmente con otra persona». La referida disposición adicional establecía lo siguiente:

«Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas: 1.ª A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

2.ª Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedirse la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente.

3.ª El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

4.ª Los que se encuentren en situación legal de separación tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.

5.ª Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del Código Civil.»

Como se observa, a salvo de pequeñas variaciones de orden sistemático, cuyas diferencias con el texto ahora analizado únicamente podrían afectar –reforzándola– a la interpretación ya efectuada del mismo, el precepto declarado inconstitucional por este Tribunal era idéntico, tanto en su contenido como en su finalidad, al ahora cuestionado, sin que, sin embargo, puedan alcanzar a éste los efectos de la inconstitucionalidad ya declarada, al tratarse de dos normas jurídicas diferentes. Resultará, por ello, oportuno reiterar brevemente los argumentos de aquella Sentencia para obtener, en ésta, idéntica conclusión.

Decíamos en el fundamento jurídico 6 de la STC 125/2003, de 19 de junio, lo siguiente:

«Es evidente que la regulación antes descrita conduce, como hemos dicho, a la aplicación de normativas distintas para regular un mismo tipo de pensiones: la Ley General de Seguridad Social de 1974 para los viudos stricto sensu convivientes con el causante en el momento de la muerte de éste (independientemente de que lo sean de un causante que hubiera contraído un único matrimonio con dicho viudo, o que hubiere contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio), y la Ley 30/1981 para los cónyuges del causante cuyos matrimonios se hubieran extinguido por divorcio así como los legalmente separados de aquél. Y es evidente también que la diferencia entre los regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho (la convivencia *more uxorio* del titular de la pensión de viudedad), en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados) y no en otros (en los de viudos no separados, lo sean de un matrimonio único del causante, y por tanto sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiadores, o lo sean de un matrimonio del causante al

<sup>200</sup> Esta Sentencia, de 27 de abril, ha sido publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 129, de 27 de mayo de 2010, [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-8494](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-8494). Sólo se publican el Fundamento Jurídico 4º, que es el decisivo para la resolución del Tribunal Constitucional, y el Fallo de esa resolución del Tribunal Constitucional.

## JURISPRUDENCIA • TC

que precedieron otros extinguidos por divorcio).

La constatación de un panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supervivientes, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia *more uxorio* pueda aplicarse en unos casos y no en otros. Como pone de relieve el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, si la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esta circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo.

A lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del art. 14 CE, y en particular de la prohibición de discriminación en función de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que aquel precepto se refiere.

Como señalara la STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2, "el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados". De este modo, dada la unidad de la pensión, en los supuestos examinados la diferenciación legal, al establecer dos sistemas de extinción distintos, incurre en una discriminación prohibida por el art. 14 CE, careciendo de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requerida por nuestra doctrina.»

Con idéntico fundamento y remitiéndonos íntegramente a la fundamentación jurídica de la indicada Sentencia, debemos por tanto declarar ahora igualmente la inconstitucio-

nalidad del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil de «vivir maritalmente con otra persona», por vulnerar el art. 14 CE.

**FALLO**

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

**Ha decidido**

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil de «vivir maritalmente con otra persona».

**Sentencia del Tribunal Supremo- Sala Cuarta, de 6 de julio de 2010**

**FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO-4:** Se debe, por tanto, una vezalzada la suspensión acordada, entrar a resolver el recurso de casación unificadora interpuesto por la beneficiaria y, con carácter previo, declararse que concurre el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora. En efecto, la sentencia invocada como de contrato (Sentencia del Tribunal Supremo-Sala Cuarta, 17 de junio de 1994), por cuenta en la misma se niega la posibilidad de privar a una viuda de la pensión que por tan condición tenía reconocida por el hecho de que posteriormente conviviera maritalmente con otra persona, pues aunque dicha viuda no estaba divorciada, precisamente la normativa aplicable debe ser la misma, como ha puesto de evidencia la citada STC 22/2010.

**FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO.-** Declarada la inconstitucionalidad y nulidad del precepto en que se fundamentaba la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada y la sentencia recurrida para extinguir el derecho de la beneficiaria recurrente al percibo de la pensión de viudedad que tenía reconocida desde el 28 de julio de 1985, con efectos extintivos desde el día 1 de abril de 2002, y para declararlo indebidamente percibidas las cantidades abonadas de pensión desde el 1 de abril de 1998 al 31 de marzo de 2002, por un importe total de 11.189,38 €, procede estimar el recurso de casación unificadora, revocando la sentencia de suplicación recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase formulado por la demandante y estimar íntegramente la demanda, dejando sin efecto la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada con las consecuencias a ello inherentes; sin costas (art. 233.1 LPL).

## JURISPRUDENCIA • TC

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la beneficiaria Doña X contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en fecha 17 de julio de 2003, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de La Rioja nº 1 en fecha 11 de abril de 2003, en proceso seguido a instancia de la referida recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Revocamos la sentencia de suplicación recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase formulado por la demandante y estimamos íntegramente su demanda, dejando sin efecto la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada con las consecuencias a ello inherentes; sin costas. Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, con la certificación y comunicación de esta resolución.

### COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 22/2010, DE 27 DE ABRIL DE 2010, Y DEL TRIBUNAL SUPREMO- SALA CUARTA, DE 6 DE JULIO. PENSIÓN DE VIUEDAD.

La Sentencia objeto de estudio, 22/2010, de 27 de abril de 2010<sup>201</sup>, estima la cuestión de inconstitucionalidad 176-2006, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sobre el apartado 3º del artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio. En ella se declara inconstitucional y nulo lo dispuesto en dicho artículo en cuanto la referencia que hace al art. 101 del Código civil en el que, entre otras causas, determina la “pérdida de la pensión de viudedad” a quienes hayan accedido a ella desde una situación de divorcio y después del fallecimiento del causante vivan maritalmente *more uxorio* con otra persona, por suponer una vulneración del art. 14 de nuestra Constitución<sup>202</sup>.

I. Los antecedentes que originaron la presente cuestión de inconstitucionalidad son, de manera muy breve, los siguientes:

a) Por demanda formulada contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) se solicitaba la nulidad de la resolución de la Dirección Provincial de este organismo de

la Rioja, de 5 de abril de 2002, en la que se acordaba extinguir el derecho de la parte actora a percibir la pensión de viudedad que tenía ya reconocida desde el 1 de abril de 2002 en base a la declaración del Instituto Nacional de la Seguridad Social de que se había percibido indebidamente las cantidades abonadas desde el 1 de abril de de 1998 al 31 de marzo de 2002.

b) Dicha reclamación fue confirmada por otra posterior que rechazó la reclamación previa presentada, en su momento, por la parte actora. Conforme a ello, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Logroño con fecha 11 de abril de 2003, dictó sentencia desestimando la demanda.

c) Por tal motivo, contra la Sentencia citada la parte actora interpuso recurso de suplicación, que fue igualmente desestimado por Sentencia de 17 de julio de 2003 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja. Ambas sentencias basaron sus argumentos en los siguientes hechos probados:

- Que con fecha 20 de enero de 1984, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Burgos decretó el divorcio de la parte actora.

- Que, posteriormente, el día 27 de julio de 1985 fallece la persona con la que la parte actora había estado casada.

- Que, en base a ello, el día 21 de marzo de 1986 se le reconoció el derecho a percibir pensión de viudedad, con efectos económicos del 28 de julio de 1985. Sin embargo, desde el 9 de abril de 1988, la parte actora convivió maritalmente con otra persona cuyo estado civil era soltero en una relación análoga a la marital.

d) Por tanto, la negativa a que se pudiera seguir percibiendo la pensión de viudedad se hace teniendo en cuenta la normativa aplicable, contenida en el art. 174.3 del Texto refundido de la LGSS en su redacción dada por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, que se remite al art. 101 del Código civil<sup>203</sup>. El artículo 174.3 preceptuaba que “Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil” y el precepto citado del Código civil establece que quienes perciban dicha pensión de viudedad a la que hayan accedido desde una situación de divorcio, después del fallecimiento del causante, verán extinguido su derecho si viven maritalmente “*more uxorio*” con otra persona.

e) Finalmente, ante tal situación, la parte actora interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina en el que denunciaba la infracción del art. 174.3 LGSS, en la redacción dada por el art 34.7 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre<sup>204</sup>; del art 11 de la Orden Ministerial de 13 de

<sup>201</sup> Suplemento del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado núm. 129, de 27 de mayo de 2010.

<sup>202</sup> Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

<sup>203</sup> El apartado 2 del artículo 174 decía que: “En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”.

<sup>204</sup> El artículo 34.7 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modifica el apartado 3 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los siguientes términos: “Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio”.

## JURISPRUDENCIA • TC

febrero de 1967 y del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre<sup>205</sup>.

f) Ante esto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, acuerda el 13 de julio de 2005 suspender la votación y fallo del recurso por considerar que realmente existían serias dudas sobre la constitucionalidad del artículo 174.3 en su redacción de 1994. Así, por providencia de ese mismo día, acordó oír a las partes personas y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaran conveniente. Una vez evacuado el trámite concedido y, a pesar de que la representación del INSS se opuso al planteamiento de la cuestión por considerar “que no existía vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), al entender que se trataban de situaciones distintas”, la Sala constituida en Pleno dictó Auto con fecha 16 de diciembre de 2005, en que acordó elevar al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, en su remisión al art. 101 del Código civil. Igualmente, destaca que lo que se intenta es determinar cuáles son los efectos que deben asignarse a la situación de una divorciada, titular de una pensión de viudedad ya reconocida conforme al art. 174.2 LGSS que, más tarde, después de que fallece el causante de la pensión, inicia una convivencia *more uxorio* con otra persona.

II. Las razones que entendió la Sala del Tribunal Supremo suficientes para plantear la inconstitucionalidad de dicho art. 174, 3 de la LGSS fueron las siguientes:

1. Que la aplicación del art 174.3 de la LGSS extiende, a efectos de la pérdida de la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio, lo que prevé el art 101 Código civil en materia de causas de extinción de la pensión civil compensatoria de los arts. 97 y siguientes, entre las que se encuentra vivir maritalmente con otra persona. Esa interpretación llevó al INSS a declarar extinguida la pensión de viudedad de una beneficiaria, divorciada antes del hecho causante, ya que después del fallecimiento del que fue su esposo comienza a vivir maritalmente con otra persona.

2. Esta causa de extinción de la pensión de viudedad no se da en el supuesto de una viuda cuyo matrimonio no fue nulo, ni se separó, ni se divorció, y, sin embargo, después del fallecimiento del causante decide convivir maritalmen-

te con otra persona. El motivo reside, tan sólo en que la convivencia *more uxorio* no está contemplada ni en el art 174.1 LGSS -que contempla este supuesto-, ni en la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 -que la desarrolla reglamentariamente-, como causa de extinción de la misma.

3. Con ello, estamos ante situaciones iguales a las que, el legislador ha dado un trato desigual. En ambos supuestos, se está ante beneficiarios que, cuando se les reconoce el derecho a dicha pensión, no conviven *more uxorio* con otra persona, puesto que la relación o convivencia marital la inician después del hecho causante de la pensión. Si en ambos supuestos se trata de algo lícito dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico, como es la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe vínculo matrimonial lógicamente, esto no puede suponer la extinción de la pensión de viudedad

4. Además, ya con anterioridad a esta fecha el Tribunal Constitucional había llegado a una conclusión similar en la Sentencia 125/2003, de 19 de junio, aunque si bien tomado como referencia otra norma. Concretamente se trataba de la norma 5ª de la disposición adicional décima de la Ley de 30/1981, de 13 de julio, de contenido idéntico al artículo 174.3 LGSS ya citado.

III. En el análisis realizado por el Tribunal Constitucional se constata que la desigualdad resulta del todo evidente. Ya que, como afirma abiertamente el Tribunal Constitucional, “la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia una directa vulneración del art. 14 CE”, concluyendo que carece “de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requerida por nuestra doctrina”. (Dra. **Ángeles Liñán García, Departamento de Derecho Romano, Civil y Eclesiástico del Estado, Universidad de Málaga**).

<sup>205</sup> El Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, modifica parcialmente el régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001). El Acuerdo Social de 9 de abril de 2001, para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, previó, en el marco de las orientaciones contenidas en la Recomendación 12ª del Pacto de Toledo, una mejora del ámbito de la acción protectora de las prestaciones de muerte y supervivencia, en especial las de cuantía más reducida, todo ello con el objetivo de incrementar el grado de solidaridad, principio básico del sistema de Seguridad Social español. A su vez, en dicho Acuerdo se prevé la implantación de un nuevo marco de compatibilidad en el percibo de la pensión de viudedad, que posibilite el disfrute de la misma, aún mediando nuevo matrimonio del pensionista, en los supuestos que se estableciesen. A tal fin, la Ley 24/2001, de 31 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, procede, entre otros preceptos, a modificar el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social y, en el sentido mencionado, se procede al incremento de la pensión de viudedad, que pasa a ser del 46% de su base reguladora, si bien, cuando se dan los supuestos de menores ingresos y cargas familiares, por parte del pensionista, el porcentaje indicado se sitúa en el 70%. A su vez, y también en el ámbito de la pensión de viudedad, se procede al desarrollo del citado artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, articulando un nuevo marco de compatibilidad de la pensión de viudedad.

## JURISPRUDENCIA · TS

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO- SALA TERCERA (SECCIÓN SÉPTIMA) DE 8 DE JULIO DE 2010. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR PATERNIDAD: SU PAGADOR

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Diputación Provincial ha interpuesto el presente recurso de casación en interés de la Ley contra la Sentencia de 4 de mayo de 2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Palencia, que estimó en parte la pretensión deducida por D. Z y, en su virtud, condenó a la Administración demandada a abonar al recurrente íntegramente las cantidades dejadas de percibir por el disfrute de su permiso de paternidad durante el período comprendido entre los días 20 de Junio de 2008 y 4 de Julio de 2008 y que ascienden al importe total de 2.457,07 euros.

La sentencia impugnada funda su resolución en el artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), así como en el artículo 30.1.a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) según la redacción dada por la LO 3/2007, de 22 de marzo, razonando al efecto que “si desde un principio se ha retribuido por la Administración Pública el permiso por el nacimiento de un hijo (que evolutivamente fueron dos, tres, cuatro o cinco días, naturales o hábiles y según acaeciera dentro de la misma localidad o no) nada impide a estimar que también han de ser retribuidos los quince días actuales que por paternidad se conceden al padre funcionario (o mejor empleado público)”.

**SEGUNDO.-** La Diputación Provincial solicita que se fije la siguiente doctrina legal: “Que la garantía de la plenitud de los derechos económicos del funcionario que reconoce el art. 49 c), párrafo tercero de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público para los supuestos contemplados en los apartados a) b) y c) de dicho precepto comporta la percepción de la prestación económica que establece el art. 133 *decies* de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que habrá de ser complementada, en su caso, por la Administración a la que se halle vinculado el respectivo funcionario, hasta garantizar la plenitud de los derechos económicos que le corresponden por el período de disfrute del subsidio abonado por la entidad gestora”.

La Diputación Provincial explica que la doctrina seguida

por la sentencia recurrida es errónea “al haber aplicado indebidamente la disposición transitoria primera de la Ley 7/2007; al haber interpretado con error el art. 49 c) párrafo tercero de la Ley 7/2007, aún cuando la sentencia no haya mencionado expresamente este precepto; y por inaplicación de los art. 133 *decies* y 133 *cuater* de la Ley General de la Seguridad Social Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, así como también por inaplicación de las Normas contenidas en los art. 23.9, 25 y 29 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo”.

Añade la Entidad Local recurrente que “los permisos del art. 48 han venido, y siguen siendo, retribuidos como de trabajo efectivo con cargo a la administración en la que el funcionario presta sus servicios, mientras que los incluidos en el art. 49 por razones legales previamente aducidas lo son con cargo a la Seguridad Social”.

A continuación, menciona el carácter gravemente dañoso de la solución alcanzada por la Sentencia recurrida, señalando que su doctrina entraña un perjuicio para los intereses públicos porque “sus efectos trascienden al caso en ella decidido al tratarse de una cuestión de personal y es posible encontrar interesados en ésta recurrente y en otras administraciones públicas que se encuentren en idéntica situación jurídica con la consiguiente extensión de los efectos de la sentencia con el consiguiente perjuicio al interés general y al erario público al exonerar el pago del subsidio a la Seguridad Social pese a las cotizaciones que tanto ésta Administración como los propios trabajadores efectúan para hacer frente entre otras a estas contingencias”.

A la vista de estos razonamientos, la Administración recurrente concreta la doctrina legal que solicita sea establecida en la forma señalada.

**TERCERO.-** El recurso de casación en interés de la Ley es un recurso extraordinario que puede interponerse contra Sentencias firmes y cuya finalidad, respetando en todo caso la situación jurídica particular derivada de la Sentencia recurrida, consiste en fijar en el fallo, cuando fuese estimatorio, la doctrina legal aplicable al supuesto debatido. Ahora bien, para ello es necesario, por lo que interesa al caso examinado, no solamente que la Sentencia impugnada sea errónea, sino que se estime que

## JURISPRUDENCIA • TS

el criterio que sienta es gravemente dañoso para el interés general. El grave daño para el interés general es un requisito indispensable para que pueda prosperar un recurso de casación en interés de la Ley y está en función de una posible posterior y repetida actuación de los Tribunales de instancia, al conocer casos iguales, que se suponen de fácil repetición, por lo que se trata de conseguir que el Tribunal Supremo, sin alterar la situación jurídica particular derivada de la Sentencia recurrida, fije la doctrina legal que en el futuro habrá de aplicarse a otros supuestos equivalentes que se presenten (como han indicado, entre otras, las sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1983 y 16 de octubre de 1989).

Es decir, tiene que ser razonablemente previsible la reiteración de actuaciones administrativas iguales a la que ha sido enjuiciada por la Sentencia impugnada en interés de la Ley o la existencia de un número importante de afectados por el criterio que se pide al Tribunal Supremo que altere, fijando la oportuna doctrina legal.

**CUARTO.-** En efecto, el artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción define en términos muy estrictos el recurso de casación en interés de la Ley:

1) Respecto del objeto, pues solamente cabe contra Sentencias firmes, dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-Administrativo o por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario o para la unificación de doctrina.

2) A propósito de los sujetos legitimados para interponerlo, que son únicamente la Administración Pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto, las Entidades o Corporaciones representativas de intereses generales o corporativos que tengan interés legítimo en el asunto, el Ministerio Fiscal o la Administración General del Estado.

3) En cuanto a los presupuestos que han de darse conjuntamente para que pueda utilizarse: grave daño para el interés general y error en la resolución dictada.

4) Respecto de las exigencias de tiempo -tres meses de plazo para interponerlo- y forma -escrito razonado en el que se fijará la doctrina legal que se postule a presentar ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo con copia certificada de la Sentencia impugnada en la que conste la fecha de su notificación-, pues, advierte la Ley de la Jurisdicción, su incumplimiento obligará a que se ordene de plano el archivo.

5) Sobre el alcance del enjuiciamiento, ya que sólo puede

extenderse a la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido.

6) En fin, el pronunciamiento también se ve restringido pues debe respetar en todo caso la situación jurídica particular derivada de la Sentencia recurrida y, de ser estimatorio, habrá de fijar en el fallo la doctrina legal, publicándose la Sentencia del Tribunal Supremo en el Boletín Oficial del Estado.

Tales criterios son mantenidos reiteradamente por la jurisprudencia (por todas, en las Sentencias de 5 de mayo y 23 de junio de 2003, y en las allí citadas, o en la de 23 de julio, también de 2003) y esta jurisprudencia ha añadido otros dos requisitos que resultan de la interpretación de la Ley de la Jurisdicción: El primero, que la doctrina cuya fijación se pretende se refiera a un concreto precepto (Sentencias de 6, 8 y 20 de junio de 2005). El segundo, estriba en que no haya sido establecida ya por esta Sala (Sentencia de 28 de enero de 2003, con cita de una larga lista de otras anteriores coincidentes).

**QUINTO.-** Esta Sala ha subrayado que el recurrente en este especial recurso, además de proponer la doctrina que estime adecuada, ha de argumentar en qué medida y porqué la sentencia recurrida es errónea y gravemente dañosa para el interés general (Sentencias, entre otras, de 24 de marzo y 28 de noviembre de 1998, 26 de diciembre de 1998, 23 de marzo de 1999, 20 de julio y 12 de noviembre de 2001 y 8 de febrero de 2006).

El grave daño para el interés general está en función de una posible posterior y repetida actuación de los Tribunales de instancia, al conocer casos iguales, que se suponen de fácil repetición, por lo que se trata de conseguir que el Tribunal Supremo, sin alterar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fije la doctrina legal que en el futuro habrá de aplicarse a otros supuestos equivalentes que se presenten en cantidad importante.

Es decir, tiene que ser razonablemente previsible la reiteración de actuaciones administrativas iguales a la que ha sido enjuiciada por la sentencia impugnada en interés de la Ley o la existencia de un número importante de afectados por el criterio que se pide al Tribunal Supremo que altere, fijando la oportuna doctrina legal. La posible repetición del supuesto no permite acudir a este recurso extraordinario, que requiere que el daño que la repetición del criterio de la sentencia impugnada causa al interés general, al aplicarse a casos equivalentes, sea "grave", esto es, que multiplique su efecto en contra del interés general defendido por la Administración, no cumpliéndose este requisito cuando la resolución impug-

## ARTÍCULO 14

## JURISPRUDENCIA · TS

nada afecta únicamente a un reducido círculo de funcionarios que se hallan en situación idéntica a la del originariamente recurrente.

En este sentido se pronuncian las sentencias de 12 de diciembre de 1997, 20 de enero de 1998, 24 de marzo de 1998, 4 de marzo de 2002, 3 de mayo de 2004, 8 de junio de 2005, 21 de diciembre de 2006, 12 de febrero de 2007 y 30 de abril de 2007, entre otras.

**SEXTO.-** La proyección de la doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, determina la especial finalidad del recurso, que ha de ser estricta y rigurosa su aplicación, por lo que es obligado concluir que el presente recurso no puede prosperar al no haber quedado justificado el cumplimiento de los requisitos exigidos para su viabilidad.

En primer lugar, en lo que se refiere al requisito de que la doctrina contenida en la sentencia recurrida sea gravemente dañosa para el interés general (artículo 100.1, in fine, de la Ley Jurisdiccional), debe notarse que no se acredita por la Administración recurrente el grave perjuicio para el interés general que pudiera derivarse de mantener la doctrina aplicada por la sentencia recurrida, tanto más cuanto el supuesto de hecho contemplado, que es la concesión de un permiso de paternidad a disfrutar por funcionario local con habilitación nacional no parece que permita admitir, como una hipótesis bastante probable, que se puedan suscitar un muy elevado número de litigios sobre la misma cuestión, pues, al efecto, la parte recurrente se limita a afirmar que “es posible encontrar interesados en ésta recurrente y en otras administraciones que se encuentren en idéntica situación jurídica con la consiguiente extensión de efectos de la sentencia y el consiguiente perjuicio al interés general y al erario público”.

Esta precisión se realiza de manera genérica y sin incidir en situaciones concretas, por lo que procede concluir no reconociendo el cumplimiento del primer requisito.

**SÉPTIMO.-** A lo anteriormente argumentado debe añadirse que tampoco cabe considerar cumplido el requisito de que la doctrina contenida en la sentencia sea errónea, sin el cual el recurso de casación en interés de la ley no resulta viable.

Sobre este punto, la fundamentación de la sentencia recurrida no incurre en las desviaciones y vulneraciones

que le reprocha la Diputación Provincial recurrente por cuanto el artículo 49.c) del EBEP, que contrariamente a lo alegado por la recurrente, se cita ampliamente en la sentencia recurrida, cuya errónea interpretación atribuye ésta al juzgador de instancia, considera el disfrute del citado permiso de paternidad como situación de “servicio activo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el período de duración del permiso, y, en su caso, durante los períodos posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso” y es de aplicación al personal funcionario de las Administraciones de las Entidades Locales de conformidad con la previsión general contenida en el artículo 2.1 del EBEP.

El citado artículo 49.c) EBEP se erige así como precepto directamente aplicable y no permite abrigar duda alguna sobre el contenido del permiso de paternidad por nacimiento de hijo, que es independiente del permiso de dieciséis semanas que pueden disfrutar el padre o la madre en los supuestos que contemplan los apartados a) y b) del artículo 49 del EBEP (permiso por parto y permiso por adopción o acogimiento), caracterizados como períodos de descanso en las situaciones de maternidad y paternidad.

**OCTAVO.-** Los razonamientos expuestos conducen a desestimar el recurso de casación en interés de ley y de conformidad con el artículo 139.2, dada la naturaleza de este recurso y en coherencia con reiterada jurisprudencia, no procede hacer pronunciamiento sobre costas.

**FALLAMOS**

No ha lugar al recurso de casación en interés de la Ley número 63/2009, interpuesto por la Diputación Provincial contra la Sentencia dictada el 4 de mayo de 2009 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palencia. Sin costas.

**LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR PATERNIDAD: SU PAGADOR (COMENTARIO A LA STS DE 8 DE JULIO DE 2010)**

Esta sentencia aborda un aspecto puntual, aunque no exento de interés y trascendencia, sobre el permiso de paternidad: ¿quién debe ser el pagador de esta prestación económica en el ámbito de la función pública? ¿La

<sup>206</sup> Precisamente ésta es una de las razones que lleva al TS a desestimar el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Diputación Provincial de Palencia, al no considerar acreditado el requisito de que de la sentencia recurrida se derive un grave daño para el interés general, “tanto más cuanto el supuesto de hecho contemplado, que es la concesión de un permiso de paternidad a disfrutar por funcionario local con habilitación nacional no parece que permita admitir, como una hipótesis bastante probable, que se puedan suscitar un muy elevado número de litigios sobre la misma cuestión, (...)” (fundamento de derecho sexto).

## JURISPRUDENCIA • TS

Seguridad Social o, por el contrario, la Administración empleadora del progenitor funcionario? Hay que señalar, además, que esta cuestión no se plantea con carácter general, respecto de todos los funcionarios públicos, sino en relación a un grupo relativamente reducido de los mismos: los funcionarios locales con habilitación nacional. A pesar de que no cabe excluir una posible extensión de esta doctrina a otras administraciones públicas, lo cierto es que el TS parece dejar claro el carácter limitado de este pronunciamiento<sup>206</sup>.

El precepto clave aquí es el artículo 49 del Estatuto básico del empleado público (EBEP) que, bajo la expresiva rúbrica de <<permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de la violencia de género>> regula, entre otros, un permiso de paternidad para los funcionarios públicos. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 49, apartado c) EBEP, su duración es de quince días y, además, <<el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos (...) del (...) progenitor funcionario, durante el tiempo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso.>>. Su disfrute, por lo demás, es independiente del permiso de dieciséis semanas por parto, adopción o acogimiento [equivalente al denominado permiso de maternidad, apartados a) y b) de este artículo 49].

La discrepancia radica, precisamente, en determinar con cargo a qué entidad ha ser retribuido este permiso y sin que esto tenga en principio ninguna consecuencia económica para el funcionario, toda vez que el propio art. 49.c) EBEP garantiza, como se ha visto, la plenitud de derechos económicos del mismo durante el tiempo de disfrute del permiso de paternidad. Mientras que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Palencia

estimó que su pago correspondía a la Diputación Provincial de Palencia, para la que trabajaba el funcionario en cuestión, la propia Diputación afectada propone una interpretación diferente que la convierte en mera copagadora junto con la Seguridad Social<sup>207</sup>. El Tribunal Supremo dará por válida la interpretación del Juzgado, desestimando el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Diputación Provincial recurrente.

En cualquier caso, más allá del caso concreto debatido en esta sentencia, su interés radica en la oportunidad que brinda de detener nuestra atención en una medida especialmente relevante dentro de las más modernas tendencias de las políticas estatales y comunitarias de igualdad de género. En efecto, ahora no se pretende, al menos no de manera prioritaria ni exclusiva, que las mujeres puedan conciliar o, lo que es lo mismo, que medidas aparentemente neutras de conciliación resulten ser utilizadas mayoritariamente por las mujeres, perpetuando así el desigual reparto de roles de mujeres y hombres<sup>208</sup>. Por el contrario, se trata de lograr la conciliación masculina o, mejor aún, una auténtica corresponsabilidad de mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones derivadas del cuidado de los hijos y, por extensión, de otros sujetos dependientes<sup>209</sup>.

En este contexto, el permiso de paternidad constituye, sin duda, una de las principales medidas, si no la más importante, al menos hasta el momento, de aquéllas que pretenden la consecución de dicha corresponsabilidad<sup>210</sup>. A ello contribuye, de modo decisivo, los rasgos principales de su configuración: el que su disfrute sea independiente del permiso de maternidad; el tratarse de un derecho individual que corresponde al padre, así como su carácter intransferible de tal modo que o se usa o se pierde; y, como ocurre en el caso de los funcionarios públicos, una prestación económica equivalente al 100% de las retribuciones económicas que venía percibiendo el beneficiario. Es por ello que supone un avance nada desdeñable en la lucha por una auténtica igualdad de género.

<sup>207</sup> "Que la garantía de la plenitud de los derechos económicos del funcionario que reconoce el artº 49 c) párrafo tercero de la Ley 7/2002, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público para los supuestos contemplados en los apartados a) b) y c) de dicho precepto, comporta la percepción de la prestación económica que establece el artº 133 *decies* de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que habrá de ser complementada, en su caso, por la Administración a la que se halle vinculado el respectivo funcionario, hasta garantizar la plenitud de los derechos económicos que le corresponden por el periodo de disfrute del subsidio abonado por la entidad gestora" (fundamento de derecho segundo).

<sup>208</sup> Véase las conclusiones alcanzadas por el Informe, de septiembre de 2010, "¿Qué uso hacen hombres y mujeres de los permisos laborales relacionados con la conciliación?", presentado por el Observatorio Extremeño de Igualdad de Oportunidades y Empleabilidad, Asociación Eloisa, <http://www.proyectoeloisia.org/observatorio/wp-content/uploads/2010/09/iObservatorioEx-Permisos-Conciliación.pdf>.

<sup>209</sup> En este sentido, LOUSADA AROCHENA se pregunta "¿Cuáles son estas medidas basadas en la corresponsabilidad? Las medidas de individualización de derechos de conciliación, que se dirigen a atribuir un permiso individual a cada uno de los progenitores, acompañadas de medidas de fomento del ejercicio masculino, ya que aquéllas por sí solas, son necesarias pero insuficientes a efectos de corresponsabilidad. Y ello se dice sin desconocer cómo otras medidas de reforzamiento de los derechos de conciliación –garantías de reincorporación, protección frente a represalias, mejora de la protección social– pueden mejorar indirectamente la participación real de los hombres en el cuidado de hijos/as y familiares, al hacer más atractivo el ejercicio del derecho" (José Fernando LOUSADA AROCHENA, *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 8.)

<sup>210</sup> De la medida más significativa a efectos de corresponsabilidad habla LOUSADA AROCHENA (*op. cit.*). La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres califica al permiso de paternidad como la "medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral".

## **Instituto Andaluz de la Mujer**

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

[www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer)

Teléfono de Información a la Mujer

900 200 999

**ARTÍCULO 14****JURISPRUDENCIA · TS**

Aunque es bastante reciente, ya que fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general, mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. A su vez, el EBEP lo regula para los funcionarios públicos<sup>211</sup>.

Finalmente, en el ámbito comunitario destaca la reciente

aprobación de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. **(MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ, Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).**

---

<sup>211</sup> Aunque ya la Ley Orgánica 3/2007 había reformado la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, cuyo art. 30.1. a) pasa a contemplar un permiso de paternidad de quince días de duración.