



A S O C I A C I O N  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL

ORDEN  
CONSTITUCIONAL

Nº 2 JUNIO 2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y  
DISTRIBUCIÓN:  
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:  
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:  
Natalia Velilla Antolín



## ÍNDICE

### **1.- Los permisos parentales y la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres: la fuerza de la labor interpretativa del TJUE**

Artículo jurídico elaborado por la Excma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> LOURDES ARASTEY SAHÚN, Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

### **2.- Derecho a la asistencia letrada en supuestos de internamiento psiquiátrico involuntario. Análisis comparativo con la STC de 22 de febrero de 2016.**

STC de 14 de marzo de 2016  
Nº Sentencia: 50/2016

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO, Magistrado, Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en Mérida.

## **1.- LOS PERMISOS PARENTALES Y LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE HOMBRES Y MUJERES: LA FUERZA DE LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TJUE.**

**M<sup>a</sup> LOURDES ARASTEY SAHÚN**

### ***La excusa:***

*Me pide la coordinadora del Boletín Digital de AJFV, la compañera Natalia Velilla, que intervenga en este foro que el Boletín representa, con algún comentario en materia de igualdad.*

*Lo hago encantada porque no sólo me permite llegar a todos los miembros de la asociación a la que pertenezco desde la segunda mitad de los años 80 (del siglo pasado...), sino porque, además, me ofrece la oportunidad de volver sobre aspectos de un tema que ha ocupado gran parte de mi interés jurídico – y social- desde siempre.*

### ***I. Introducción: La igualdad de oportunidades y la interpretación de la norma.***

1. Abordar estos temas supone aceptar que existe una situación diferente de hombres y mujeres en cuanto al nivel de derechos alcanzados. No es ésta una premisa vana, pues en la práctica profesional (y en la vida diaria) es frecuente oír que, con las reivindicaciones de los derechos de las mujeres (peyorativamente etiquetas de “feministas”), se está discriminando a los hombres.

Aceptado que *aceptamos* la realidad; habrá que centrar la causa. ¿Tiene que ver con el sexo o tiene que ver con las atribuciones asignadas al sexo?.

Dejando de lado conductas netamente sexuales (así, el acoso sexual) ha sido la tradicional asignación de funciones al sexo femenino la que ha provocado la brecha entre ambos sexos. Y esa asignación, aunque tiene por causa última el hecho biológico de la maternidad, no siempre está efectivamente ligada a ella: el mismo rol es asignado a la eventualidad de esa maternidad (ej.: riesgo de no ser contratada por temor de los empresarios a sus embarazos) o a la existencia de una maternidad anterior – perpetuando toda

la vida la circunstancia biológica (embarazo, parto, puerperio y lactancia natural) y vinculándola a la mera filiación-. Finalmente, ha degenerado en la extensión de unos estereotipos vinculados a la maternidad a otros miembros de la familia: del cuidado de un neonato al cuidado de los parientes ancianos. En este sentido, hombres y mujeres han seguido manteniendo exactamente los mismos papeles intrínsecos desde que nuestros ancestros empezaron a habitar Atapuerca, por más que las condiciones de vida para el hombre – dejando la caza y procurándose la subsistencia en la fábrica o la oficina– hayan cambiado sustancialmente. Y es que el embarazo, el parto, el puerperio e, incluso, la lactancia natural están netamente vinculados al sexo del ser humano. Lo que no está vinculado al sexo es el conjunto de las demás perspectivas desde las que se aborde tanto el papel de madre, como el de mujer. Éstas son fruto de la construcción cultural.

2. Desde el principio, ha habido problemas de discernimiento del principio de igualdad de trato y de la interdicción de discriminación. La legislación sobre igualdad y el concepto de no-discriminación por sexo – así como la formulación doctrinal en su entorno– han tenido siempre una visión parcial, seguidora del método de “asimilación”, consistente en hacer a los mujeres como los hombres (cual costillas...), transfiriendo los derechos y obligaciones en la misma formulación que tenían.

Mientras que la igualdad de trato se ha definido como “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo” (art. 3 LOI, que toma la definición de la Directiva 76/207/CEE), la igualdad de oportunidades, a la que expresamente se refiere nuestra LO 3/2007, constituye un paso más en la conformación del principio de igualdad. La construcción de un derecho a la diferencia, aunque forme parte del derecho de igualdad, implica una relectura constitucional del mismo. Se ha demostrado que la igualdad formal ante la ley no sirve para erradicar conductas discriminatorias de variado signo, hasta las más aberrantes – como la violencia de género–.

A través de esta idea (igualdad de oportunidades) se supera el estadio en el que basta con lograr que las mujeres sean iguales a los hombres, y se pasa a considerar que las mujeres han de serlo de modo efectivo. La verdadera igualdad ha de tener en cuenta las posibilidades de construcción de una sociedad desde los valores comunes a ambos géneros, y no sobre universales contruidos históricamente por uno sólo de los colectivos.

3. De ahí que, junto con la igualdad de trato, la igualdad de oportunidades sea en nuestro ordenamiento jurídico un principio informador del mismo que ha de observarse en la interpretación y aplicación de las normas (art. 4 LOI). Tiene una específica recepción en el art. 9.2 CE, que, al promocionar la igualdad real, material o sustancial, marca diferencias con la igualdad formal, consagrada en el art. 14 CE. Entra en juego por voluntad del constituyente cuando aparece algún criterio de diferenciación de trato jurídico a favor de grupos sociales en desventaja en cuyos miembros concurren rasgos de pertenencia inmodificables, transparentes y que no dependen de la libre elección del sujeto, generadores de una cierta estigmatización social. Es la igualdad del Estado social y democrático de Derecho, que mandata a los Poderes Públicos la permanente remoción de obstáculos que dificulten u obstaculicen su plena efectividad.

## ***2. Los permisos parentales como instrumento de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.***

1. Los avances en lo que se ha llamado – no con mucha precisión jurídica– “conciliación de la vida laboral y familiar” son a menudo erróneamente conceptuados como elementos de consolidación de una igualdad formal entre sexos. Sin embargo, no es ésa la finalidad primordial de los instrumentos diseñados al efecto, los cuales buscan fundamentalmente la instauración de la corresponsabilidad familiar. Cuando la ley otorga un permiso a los padres en igualdad con las madres no está persiguiendo que los hombres se equiparen formalmente a las mujeres; lo que está buscando es que las mujeres se equiparen efectivamente a los hombres (que tengan las mismas

oportunidades) por la vía de lograr que éstos intervengan en el área en que tradicionalmente no han participado (el hogar, la familia) y dejar de conferir ese espacio de modo exclusivo a la mujer.

De ahí que el TJUE haya reiterado que la legislación sobre permiso parental tenga como fin romper con la perpetuación del reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres. Lo podemos ver en la STJUE de 19 marzo 2002 (*Asunto Lommers*, C-476/99) y, muy particularmente en una sentencia del Tribunal de Luxemburgo que afecta a nuestro país, pues tiene origen en la cuestión prejudicial planteada por el juez español: la STJUE de 30 septiembre 2010 (*Asunto Roca Álvarez*, C-104/2009), cuyo criterio ha sido reiterado de nuevo en la STJUE de 16 julio 2015 (*Asunto Maïstrellis*, C-222/14).

2. La sentencia del asunto Roca Álvarez surge en el escenario de una legislación interna que reconocía el permiso de lactancia (reducción de la jornada) a las “trabajadoras” con un hijo menor de 9 meses, pudiendo este permiso ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre “en caso de que ambos trabajen” (art. 37. 4 del Estatuto de los trabajadores – ET-; por cierto, en el mismo sentido, el art. 223 del Reglamento de Carrera Judicial). Por tanto, con arreglo a la legislación española vigente en su momento, las madres que trabajaran por cuenta ajena siempre podían disfrutar del permiso de lactancia, mientras que los padres sólo podían disfrutarlo si la madre de su hijo también tenía esa condición.

La respuesta de Luxemburgo es tajante: la ley española se opone el Derecho de la UE. Para el TJUE no se trata de un trato desigual peyorativo para los hombres, sino de una situación que contribuye “*a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental*”.

3. El planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del juez español, provocando el pronunciamiento de la STJUE Roca Álvarez, obligó al legislador español a modificar el art. 37.4 ET, para reconocer el derecho a cualquiera de los dos progenitores que sean trabajadores por cuenta ajena (RDL 3/2012). Es éste un buen ejemplo de la labor del juez nacional como juez de la Unión Europea y, con ello, de la consolidación de los principios y derechos fundamentales comunes.

## **2.- SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 50/2016, DE 14 DE MARZO DE 2016**

**SENTENCIA Nº: 50/2016**

**JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO**

*La sentencia comentada resuelve un recurso de amparo del Fiscal ante el Tribunal Constitucional frente a los autos dictados por la Audiencia Provincial de Las Palmas y un Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas en los que se acordó ratificar el internamiento de una presunta incapaz que había solicitado un abogado de oficio, sin esperar a que el colegio de abogados designara a un profesional que defendiera a la internada en el proceso civil de internamiento urgente. Considera el Tribunal Constitucional que se ha vulnerado el derecho a la asistencia jurídica, que en este ámbito del proceso de internamiento involuntario del art. 763 LEC por trastorno psíquico, se reconduce a una lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 CE.*

### **COMENTARIO**

La sentencia es reproducción en muchos aspectos de la sentencia dictada el anterior 22 de febrero por el propio Tribunal Constitucional con el número 22/2016 en el que se daba un supuesto muy similar. En esencia los hechos son los siguientes: el 3 de marzo de 2014 un centro hospitalario de Las Palmas comunica al Juzgado decano de la ciudad el ingreso involuntario psiquiátrico de una persona. El 5 de marzo, el Juzgado procede a recabar el

informe médico forense y al examen de la presunta incapaz quien solicita, al amparo del artículo 763 de la LEC, que se le nombre un abogado. El Juzgado el propio día 5 recaba el nombramiento “inmediato” de profesionales de oficio y el dictamen del Ministerio Fiscal y sin esperar a uno y otro dicta un auto ratificando el internamiento el mismo día 5. El dictamen del Ministerio Fiscal es del siguiente día 6. El día 6 de marzo, vencido ya el plazo de 72 horas fijado por el artículo 763, se recuerda la petición a los colegios profesionales quienes no proceden al nombramiento de abogado hasta el día 7 de marzo, es decir, transcurridas las 72 horas. Esto ocurre entre un lunes y un jueves laborables.

El Tribunal Constitucional, trayendo los razonamientos de la STC 22/2016, recuerda el derecho de todo interno a contar en el trámite de audiencia con abogado y procurador, considerando que ese derecho a la asistencia jurídica de la persona internada *“requiere siempre la actuación, en su nombre, de un representante procesal y un defensor”*. Con cita de su propia doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Alto Tribunal considera que para hacer efectivo ese derecho irrenunciable, el Juez debe dirigirse al afectado con la antelación necesaria dentro del plazo de 72 horas, pudiendo optar por un abogado de libre designación o de oficio y si no manifiesta nada, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 LEC, salvo que el Fiscal sea el promotor de la medida en cuyo caso hay que designarle un defensor judicial. Al haberse resuelto ratificar el internamiento sin esperar al nombramiento de abogado, ni haber utilizado la alternativa del Fiscal actuante como defensor de la presunta incapaz (al no haber promovido el internamiento), se produce la violación del derecho a la libertad del artículo 17 núm. 1 de la Constitución.

La sentencia supone un desconocimiento de la realidad judicial y sorprende muchísimo a este comentarista que fuera el propio Ministerio Fiscal, quien no estuvo presente en el acto de la exploración de la presunta incapaz, quien presente el recurso de amparo alegando la violación de los derechos de una presunta incapaz que él debió defender desde el primer minuto. Los Juzgados de Primera Instancia, Familia y de incapacitaciones no tienen turnos de guardia, como no los tienen la inmensa mayoría de los Colegios de Abogados para los internamientos civiles. Mediando un fin de semana por medio (y no digamos un “puente”) es prácticamente imposible garantizar el derecho a la asistencia jurídica en el plazo de 72 horas, porque el Colegio no va a responder a nuestra petición por muy urgente que sea. Y no olvidemos que la garantía de defensa letrada incluye las actuaciones preceptivas y, entre ellas, la propia exploración del presunto incapaz. Si el Ministerio Fiscal no ha sido el promotor del internamiento, el problema se soluciona en parte acudiendo el representante del Ministerio Público a los centros hospitalarios en compañía del Juez, lo que habitualmente ahora no hacían. Pero si el interno pide un abogado de oficio o el Ministerio Fiscal es el promotor del expediente, el Juez de se va a encontrar en la tesitura de, bien esperar al nombramiento de profesionales de oficio con el peligro patente y habitual que no llegue dentro de las 72 horas, violando con ello el plazo máximo para ratificar el internamiento, bien, proceder como hizo el Juzgado de Las Palmas. Estando en juego la libertad del presunto incapaz, opto por lo segundo.

**Referencia CENDOJ: ROJ: STC 50/2016-ECLI:ES:TC:2016:50**