

A EQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 28

ENERO-JUNIO 2011

PERIODICIDAD SEMESTRAL





CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Catedrática de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

SUBDIRECTORA

ROSA BORRAZ PALLARÉS

Directora del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA TÉCNICA

Documentación y Publicaciones
del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

VOCALES

■ GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho Civil.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

■ ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

Abogada.
Miembro del Consejo Rector
del Instituto Aragonés de la Mujer.

■ RICARDO PINA

Abogado.
Coordinador en Zaragoza del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ ANA NAVARRO ALASTUEY

Abogada.
Coordinadora en Huesca del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ M^a JOSÉ SÁNCHEZ MARTÍN

Abogada.
Coordinadora en Teruel del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

Catedrático de Derecho Civil.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

■ MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

EDITA:

■ Instituto Aragonés de la Mujer. Departamento de Servicios Sociales y Familia. Gobierno de Aragón.

Santa Teresa de Jesús, 30-32. 50006 Zaragoza
Tel. 976 716 720
E-mail: iam@aragon.es

■ Universidad de Zaragoza.

Plaza San Francisco, s/n. 50009 Zaragoza
Tel. 976 761 000
E-mail: elosegui@unizar.es

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

■ www.unizar.es/gobierno/vr_institucionales/catedras/genero/aequalitas/aequalitas28.pdf

■ <http://portal.aragon.es/portal/page/portal/IAM/PUBLICACIONES/REVISTAS/Aequalitas>

CONSEJO ASESOR

■ ANA FERNÁNDEZ ABADÍA

Consejera de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón.
Presidenta del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

■ FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

■ FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ VEGA ESTELLA IZQUIERDO

Letrada. Directora de Gestión y Documentación Parlamentaria. Cortes de Aragón.

■ MARÍA JOSÉ PONCE MARTÍNEZ

Directora General de Servicios Jurídicos. Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

■ JOSÉ IGNACIO GUTIÉRREZ ARRUDI

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

■ JUAN JOSÉ BRUN ARAGÜÉS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

■ LUCÍA SOLANAS MARCELLÁN

Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

■ MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejero de Estado.
Ex-presidente del Tribunal Constitucional.

■ DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Inspectora. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

■ ELISA SIERRA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad Pública de Navarra.

■ CARMEN ORTÍZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

■ MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

■ ROBERT ALEXY

Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Christian-Albrechts Universität. Kiel.

■ ALFONSO RUIZ MIGUEL

Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

■ DOLORES SERRAT MORÉ

Profesora Titular de Medicina Legal. Universidad de Zaragoza.
Médica Forense. Psiquiatra.

■ TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz.

■ FERNANDO REY MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

■ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad Complutense de Madrid.

■ AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Magistrada Suplente del Tribunal de lo Social.

■ MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad País Vasco-Donostia.

■ BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Ciencias Políticas. Universidad Complutense.

■ MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

Profesora Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

■ LUIS NAVARRO ELOLA

Profesor Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

■ CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Córdoba

■ ASUNCIÓN VENTURA

Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Facultad de Derecho. Universidad Jaume I de Castellón.

■ CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Administradora Superior del Gobierno de Aragón.

■ ROGELIO ALTISENT

Médico de Familia. Centro de Salud Actur. Profesor Asociado de Medicina de Familia.
Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

■ AURORA LÁZARO

Médica Pediatra. Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa.
Profesora Asociada de Pediatría. Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

■ MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

■ JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

■ ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1

AEQUALITAS aceptará para su publicación todos aquellos artículos que sean inéditos y versen sobre el tema central de la revista.

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Tel. 976 762 117. Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho).

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

Profesora María Elósegui
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza.
50006 Zaragoza (España).

Los trabajos no excederán de diez hojas DIN A4, de 30 líneas de texto.

Se enviarán en soporte de papel y en diskette de ordenador de 3,5" (PC o Macintosh), trabajados en WORD o similar, o bien por e-mail (elosegui@posta.unizar.es), indicando a qué sección de la revista van destinados, teniendo en cuenta que las citas se incluirán a pie de página, según el siguiente modelo:

AUTOR o AUTORA del LIBRO, N. *Título*, lugar de edición, editorial, año, página.
AUTOR o AUTORA. REVISTA, N. "Título del artículo de la revista", *Revista*, n.º, vol. (año), pp. 1-31.

3

Se indicará el autor, lugar de trabajo, dirección, teléfonos y, en su caso, el e-mail.

No se devolverán los originales y no se mantendrá correspondencia sobre las colaboraciones que no se hayan encargado, sin que ello sea obstáculo para que se envíen artículos por libre iniciativa.

4

La selección se hará según criterios científicos, solicitando la lectura de los artículos a dos de los miembros del Consejo de Redacción. También y en su caso se solicitará la lectura a miembros del Consejo Asesor u otras personas especialistas cuando se estime oportuno y, en consecuencia, podrán ser aceptados para su publicación.

5

AEQUALITAS no se hace responsable de las opiniones de las autoras y autores de los artículos publicados, ni de posibles variaciones en las programaciones anunciadas.



En la sección dedicada al derecho de la Unión Europea, el magistrado Lousada, en el artículo titulado “*La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental*”, expone las novedades de la revisión del Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre los agentes sociales europeos, recogido ahora en la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010.

En segundo lugar, reproducimos parcialmente el texto de una Recomendación del Consejo de Europa sobre Participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público. Nos referimos a la *Recomendación Rec(2003)3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre Participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público adoptada el 12 de marzo de 2003*, la cual sigue siendo de continua actualidad.

En nuestro intento desde la revista AEQUALITAS de adelantarnos a problemas más novedosos se presenta el artículo sobre “*El modelo marroquí de familia y su incidencia en España a través del ejercicio del derecho a la vida en familia del extranjero residente: especial atención al cónyuge*”, de la profesora de Derecho Civil Elena López Barba.

La profesora laboralista Eva Blázquez Agudo profundiza en los avances y las deficiencias habidas en el reconocimiento de algunas prerrogativas de la mujer agricultora a través de la titularidad compartida de las explotaciones. En su opinión es preciso que se sigan ampliando y aclarando el estatus de las mismas con el objeto de permitir que accedan a los beneficios propios del trabajo que realizan. En el artículo se aportan las novedades del anteproyecto de Ley sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias, en el que se establece tres posibles fórmulas de cotitularidad: “*La primera posibilidad consiste en la constitución de una sociedad de responsabilidad. También es posible organizarse a través de una sociedad de responsabilidad limitada. O, si se prefiere, mediante la creación de una unidad económica sin personalidad jurídica que se inscribirá en el registro correspondiente*”.

Continuando con la normativa laboral, Djamil Tony Kahale Carrillo, profesor Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realiza una aportación sobre “*Los períodos de cotización asimilados por parto para las pensiones del SOVI: cambio jurisprudencial a la luz de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*”.

En esta ocasión dedicamos el Foro a la aportación de la experiencia de distintos profesionales en un tema común desde dos ángulos diferentes; a saber, la violencia de género, vista desde el maltratador o desde la defensa letrada de la víctima. En el primero de ellos, Santiago Boira Sarto, psicólogo del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, junto con Alicia Jimeno Aranda, psicóloga del Instituto Aragonés de la Mujer presentan un análisis de proyectos encaminados a la rehabilitación de hombres maltratadores. Como ambos señalan: “*Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se obliga a los hombres condenados por un delito de violencia de género a someterse a un programa de tratamiento lo que ha permitido una aproximación más directa a la realidad del hombre agresor*”.

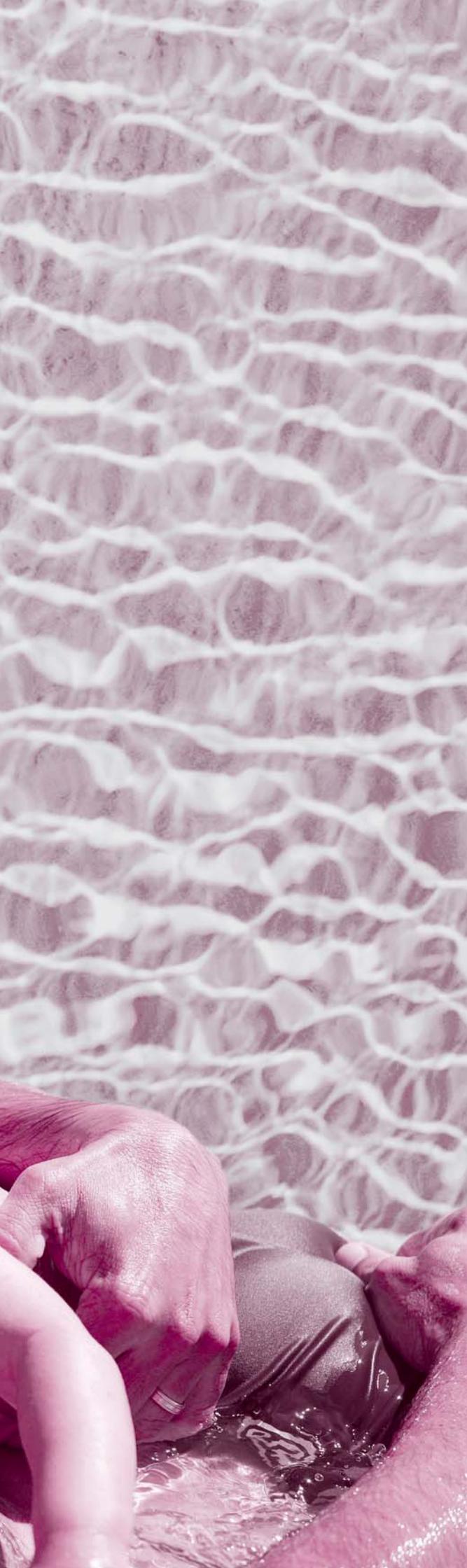
Por último, la abogada Pilar Marco Novella presenta desde su propia experiencia profesional una aportación sobre “*El papel de la abogacía de Zaragoza en la defensa de oficio de las víctimas de violencia de género*”, centrada en la aplicación del Protocolo de actuación de los Letrados adscritos al Turno especial de Violencia de Género, firmado entre el Real e Ilustre colegio de Abogados de Zaragoza y el Instituto Aragonés de la Mujer (IAM). En palabras de la autora dicho Protocolo “*permite hacer realidad la unidad de defensa que a través de la Ley Integral 1/2004, en su artículo 20, y extiende dicha unidad a todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la mencionada violencia. Dicho artículo garantiza que las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador respectivamente en los mencionados procesos*”.

María Elósegui Itxaso

Catedrática de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.
Directora de la Revista AEQUALITAS

La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental

POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.
Magistrado especialista del Orden Social
Tribunal Superior de Justicia de Galicia.



RESUMEN

El Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre los agentes sociales europeos, y que se recoge en la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, supone algunos avances respecto a su predecesor, y, aunque esos avances no son muy relevantes debido –entre otras cosas– a la existencia de normas no imperativas o a la dejación de muchos aspectos a las leyes internas, se dejan al descubierto algunas carencias de las leyes españolas sobre excedencia laboral para el cuidado de hijos/as, y, en todo caso, su aprobación es un buen momento para repensar como mejorar la regulación de la referida excedencia.

Palabras clave: permiso parental, derecho comunitario, excedencia para el cuidado de hijos/as.

ABSTRACT

Title

Revised Framework Agreement on Parental Leave June 18, 2009, concluded between the European social partners and set out in Council Directive 2010/18/UE of March 8, 2010, is some progress on his predecessor, and although these advances are not very relevant because, among other things, the existence of non-mandatory rules or the abandonment of many aspects to domestic law, are left uncovered shortcomings of the Spanish laws on leave to care for children, and in any case, his adoption is a good time to rethink the better regulation of that leave on Spanish laws.

Key words: parental leave, community law, leave to care for children.



I. EL ACUERDO MARCO (REVISADO) SOBRE EL PERMISO PARENTAL, UN TÍMIDO AVANCE

La Unión Europea se comenzó a preocupar de los derechos de conciliación en la década de los noventa, presuponiendo los avances existentes en los Estados miembros y en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo. Y esa preocupación fructificó en la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, que utilizó una técnica legislativa, admitida en el Protocolo Social del Tratado de Maastricht (1992), que otorga protagonismo a los agentes sociales a nivel europeo. Por ello, la Directiva –en 3 artículos– se limitó a aplicar, obligando a su transposición, el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental de 14 de diciembre de 1995, celebrado entre la UNICE, la CEP y la CES, y que se recogió en un Anexo.

Aunque la Directiva, y el Acuerdo Marco, se valoraron como “un primer paso homogeneizador”, también se criticaron sus “flancos débiles”, a saber:

1

“la clamorosa omisión de cualquier referencia a algún tipo de compensación económica de la que sea acreedora la persona trabajadora”,

2

“el reconocimiento de derechos... eminentemente retórico”, y

3

“las necesidades familiares se restringen al cuidado de los niños, sin que se proteja la necesidad de permisos para la atención de las personas mayores dependientes”¹.

Una excesiva retórica causante de una elevada indeterminación en cuanto al contenido del permiso parental y sus garantías de ejercicio, y a la ausencia de fomento de su disfrute masculino.

Buscando avanzar los logros conseguidos, los agentes sociales a nivel europeo han aprobado un Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre la Business Europe, la UEAPME, la CEEP y la CES, que, siguiendo la misma técnica legislativa del anterior, se recoge en Anexo de la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, la cual –en 5 artículos– acuerda su aplicación, su transposición en dos años, ampliable en otro si concurren dificultades especiales, y la derogación de la anterior Directiva. El Acuerdo Marco (revisado) se estructura –como el derogado– en unas “consideraciones generales”, y un “contenido”, éste articulado en 8 Cláusulas –eran sólo 4 en el derogado–.

1^a

La Cláusula 1^a, sobre “objeto y ámbito de aplicación”, define el objeto como el establecimiento de “disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales”. Es destacable la referencia a la diversidad de las familias –de ahí, probablemente, el cambio de la expresión “padres que trabajan”, del texto derogado, por “trabajadores con hijos”, del texto vigente–. También es llamativa la alteración del orden de las responsabilidades de que se trata –antes eran antes las profesionales–.

Y el ámbito de aplicación es –como era en el texto derogado– universal, es decir “todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro”. No caben exclusiones “por el hecho de que se trate de trabajadores a tiempo parcial, de trabajadores con contrato de duración determinada o

de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal”. En tales casos, se podrían implicar, asimismo, normas de tutela de trabajadores/as atípicos/as e incluso –al ser colectivos muy feminizados– de no discriminación sexista.

2^a

Las Cláusulas 2^a a 6^a regulan el derecho a un “permiso parental”, que se define –en la 2^a– como “un derecho individual... (de) los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo para poder cuidarlo una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales”. Su duración mínima será de 4 meses –antes eran solo 3 meses–. Y, para promover la igualdad entre hombres y mujeres, “debe, en principio, concederse de manera no transferible”, agregándose al efecto que “al menos uno de los cuatro meses será intransferible”, dejándose a las reglas internas las modalidades de aplicación del periodo intransferible.

Por ley o convenio colectivo:

1

se definirán “las condiciones de acceso y las normas de aplicación del permiso parental”, en particular

- (a) las formas de disfrute –a tiempo completo o parcial, fragmentado o crédito de horas–,
- (b) la exigencia de un periodo de trabajo no superior a un año –computando contratos temporales sucesivos–,
- (c) la posposición por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la empresa, y

1

Como muy bien ha resumido CABEZA PE-REIRO, J. “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, *Revista de Derecho Social*, Número 31, Julio/Septiembre, 2005, páginas 25 y 26.



(d) la acomodación de las normas a las pequeñas empresas,

2 se fijarán “los periodos de preaviso”, y

3 se evaluarán “las necesidades de quienes tienen hijos con una discapacidad o una enfermedad de larga duración” –Cláusula 3^a–, y

4 “de los padres y madres adoptivos” –Cláusula 4^a–.

También los Estados miembros o los interlocutores sociales “definirán el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral para el permiso parental”, aunque respetando siempre una serie de derechos de 1 trabajadores –Cláusula 5^a–, a saber:

la protección “contra un trato menos favorable o el despido por haber solicitado o tomado un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales”, y

2 el mantenimiento de “los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental... hasta el final... incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales”.

Menos incisivas son las referencias –contenidas en esa misma Cláusula 5^a– a “todas las cuestiones de Seguridad Social” y a “todas las cuestiones vinculadas a los ingresos”, en la medida en que las valorarán “los Estados miembros o los interlocutores

sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales”, teniendo en cuenta –en relación con las de Seguridad Social– “la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de Seguridad Social de los diferentes regímenes, y en particular la asistencia sanitaria”, y –en relación con las vinculadas a los ingresos– “el papel que desempeñan los ingresos –entre otros factores– en la utilización del permiso parental”.

Donde la norma recupera contenido obligatorio es en relación con el derecho del trabajador “a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su situación laboral” –Cláusula 5^a–, añadiéndose –Cláusula 6^a, lo que no venía en el texto derogado–, y siempre según la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales,



1

el animar a trabajadores y empresarios “a mantenerse en contacto durante el periodo de permiso, y a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración”, y

2

la posibilidad, tras reincorporarse, de “pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo”.

3^a

La Cláusula 7^a establece que “los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. Como novedad –no contenida en el texto derogado– se establece que “los Estados miembros o los interlocutores sociales podrán precisar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación de la cláusula... y limitar dicho derecho a una duración determinada por año o por caso”.

4^a

La Cláusula 8^a es técnica: la posibilidad de mantener o introducir disposiciones internas más favorables; la declaración de no ser la norma un motivo válido para reducir el nivel general de protección; el derecho de los interlocutores sociales a celebrar, al nivel apropiado, incluido el europeo, convenios a fin de tener en cuenta circunstancias particulares; el establecimiento de un plazo de transposición de dos años, ampliable en otro si concurren dificultades especiales; la remisión a legislación, convenios colectivos o usos nacionales para la prevención y resolución de litigios y reclamaciones; la retención por las partes firmantes de la facultad de emitir

dictámenes; y la revisión en el plazo de cinco años si una parte lo pidiera.

Una simple lectura nos permite comprobar como estamos ante un texto normativo de mayor calado que el anterior derogado, aunque, en gran medida, se mantienen las críticas a éste realizadas: se introduce una alusión a los ingresos, pero no es una norma imperativa, sino mera recomendación; se mejora en la concreción de los derechos, aunque se establecen muchas dejaciones a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales; se establece un periodo mínimo intransferible, si bien no se establecen otras medidas de fomento de la conciliación masculina; y se siguen sin considerar cuidados más allá de los filiales –eso sí, ahora se alude a las necesidades por hijos/as discapacitados o con enfermedad de larga duración–.

II. PROBLEMAS DE TRANSPOSICIÓN EN RELACIÓN CON LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS/AS

La Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras –en adelante la LCVLFPT–, después de aludir al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental, afirmaba que “mediante la presente Ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas”. Y la conciencia de superación de los niveles comunitarios se encuentra fortalecida con las mejoras introducidas en el permiso parental a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres –en adelante, la LOIEMH–.

Quizás esa conciencia de superación de los niveles comunitarios, unido a los tímidos avances del nuevo Acuerdo Marco (revisado)

sobre el Permiso Parental, sean las razones de no haber éste despertado demasiado interés en la doctrina laboralista, con alguna significada excepción². Sin embargo, el viejo Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental ya presentaba algunos aspectos no suficientemente transpuestos. Y el nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental introduce otros aspectos donde la transposición es mejorable. En todo caso, constituye una buena ocasión para repensar ciertos preceptos laborales, en especial a la vista de los avances acometidos en materia de conciliación en otros Estados miembros.

A

Individualización de derechos³

Hasta la LCVFLPT no se reconocía la titularidad individual de la excedencia para el cuidado de hijos/as, de modo que, aunque su titularidad era sexualmente indistinta, solo se reconocía un derecho a ambos progenitores –y así expresamente se afirmaba en el art. 46.3 del ET–, lo cual degeneraba en la realidad de las cosas en exclusivo ejercicio femenino. La LCVFLPT introdujo la individualización de derechos al establecer, tanto para la excedencia para el cuidado de hijos/as como para la excedencia para el cuidado de familiares –que reguló por primera vez la propia LCVPFPT–, que “constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres” –según dispone el artículo 46.3 del ET–.

Sin embargo, la individualización se excepciona “si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante”, en cuyo caso –no, a sensu contrario, si el derecho se genera por distintos sujetos causantes⁴– “el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”. Pero el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental no admite excepciones a la individualización. Cuestión diferente –y


2

Como es la de CABEZA PEREIRO, J. “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre el Permiso Parental?”, *Aranzadi Social*, Número 6, 2010, BIB 2010 1242.

3

Según la STJUE de 16.9.2010, Caso Zoi Chatzi, la individualización se predica de los progenitores, y no de los/as hijos/as recién nacidos/as, de modo que, aunque el parto sea gemelar, no habrá tantos permisos parentales como gemelos/as, si bien la norma comunitaria obliga a tomar en cuenta las necesidades específicas de los progenitores de gemelos/as. Razonablemente considera Iván Rodríguez Cardo el cumplimiento de la norma española en cuanto se incrementa la duración de la licencia de maternidad y se reconoce un subsidio especial si parto múltiple, *Actualidad Laboral*, número 19, 2010.

4

MARÍN ALONSO, I. e GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Familia...”, obra citada, página 61.

5

En este mismo sentido, véase CABEZA PEREIRO, J. “¿En qué debe...”.

eso sí lo admite, cláusula 3^a– es la posibilidad –no desarrollada en la norma interna– de posponer –no denegar– su ejercicio por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de la empresa –es decir no de manera automática–.

Además de este aspecto no suficientemente transpuesto del viejo Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental, el nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental introduce otros aspectos donde la transposición es mejorable. Y es que, tras fijar su duración mínima en 4 meses, se exige que al menos uno sea intransferible –cláusula 2^a–. Ciertamente, se puede argumentar el cumplimiento de esa cuota –dirigida a potenciar el disfrute masculino– a través del permiso de paternidad, una vez que éste, en aplicación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, alcance 28 días. Pero sería más lógico obligar al cumplimiento de esa cuota a través de la excedencia para el cuidado de hi-

jos/as y para el cuidado de familiares⁵.

B

Duración

La cuestión de la duración mayor o menor del permiso parental obliga a reflexionar acerca de cuál es la que mejor facilita el objetivo de la igualdad de sexos que se pretende al regular los derechos de conciliación. Al respecto, debemos señalar como en los derechos nórdicos el permiso parental se sitúa en torno a los 12-18 meses, con una cuota de reserva a favor del padre de 2-3 meses. Y en Alemania, después de recientes reformas, el permiso parental se ha reducido de 3 años a 14 meses, de los cuales solo 12 se pueden disfrutar por un progenitor, con el beneficioso efecto de incrementar tanto la tasa de retorno al trabajo de las mujeres como el índice de natalidad al mejorar el nivel de ingresos de las familias.



Por el contrario, nuestra legislación ha contemplado siempre duraciones largas de la excedencia para el cuidado de hijos/as, lo que, si acaso pudiera tener cierta lógica en momentos donde imperaba una distribución familiar de roles que llevaba a las mujeres a asumir largos periodos en el cuidado de hijos/as –permitiéndoles mantener la posibilidad, a veces más teórica que real, de vuelta al trabajo durante esos periodos–, resulta más difícil de justificar en un contexto, como es el actual, donde se tienden a compartir los deberes de cuidado de hijos/as, sobre todo si consideramos el riesgo de desprofesionalización que, a consecuencia de esa duración, le acechará al trabajador –normalmente trabajadora– excedente^E.

Cuestión diferente –y eso conviene aclararlo– es la edad del hijo/a hasta la cual se permite disfrutar el permiso parental, que, de conformidad con la cláusula 2ª del Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, puede llegar a ocho años, mientras que, en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, solo es admisible, si hijo/a biológico/a, hasta los tres años. Aquí es donde se aprecia una notable discordancia de la normativa española con la normativa comunitaria. Nada debería impedir –y con más razón desde que, gracias a la LOIEMH, se admite el disfrute fraccionado– la posibilidad de disfrutar la excedencia para el cuidado de hijos/as hasta una edad más elevada que la de tres años, llegando a la de ocho o más años.

C La conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición

La conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición es un aspecto al cual se refiere el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental –cláusula 5ª–, y que, en el artículo 46.3 del ET, se manifiesta en que “*el período en que el trabajador permanezca en situa-*

ción de excedencia... será computable a efectos de antigüedad”. Se trata de “*un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad*” –en palabras literales de la STS de 28.2.2002, RJ 2002 9080–.

No existen, en este extremo, problemas de transposición del Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, si bien no está de más destacar que, interpretando esta norma, la reciente STJUE de 22.4.2010, Caso Zentralbetriebsrat, considera contrario a la normativa comunitaria que quienes disfruten de un permiso parental durante dos años pierdan, a su finalización, las vacaciones anuales retribuidas adquiridas durante el año anterior al nacimiento del hijo/a. La precisión es importante porque, aunque a igual solución conduce la recta interpretación del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, otras consideraciones –como la caducidad anual del derecho a las vacaciones– podrían hacer surgir algunas dudas aplicativas.

D El mantenimiento del contacto durante el disfrute del permiso parental

El mantenimiento del contacto durante el permiso parental –lo que la doctrina anglosajona denomina “*keep in touch*”– es otro aspecto al cual se refiere el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental –cláusula 5ª–, y que, en el artículo 46.3 del ET, presenta alguna manifestación de interés, como es “*(el) derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación*”. Se trata de un derecho con eventual relevancia sobre la posibilidad de despido objetivo ex artículo 52.b) del ET por-

que, aún mediando modificaciones técnicas que lo habiliten, la ausencia de convocatoria de dichos cursos puede convertir en irrazonable el despido.

Muchos aspectos del mantenimiento del contacto se mueven en el plano de relaciones informales –participación en reuniones o comidas de empresa, o recepción de información empresarial en el domicilio–, aunque ello no debe impedir la adopción de buenas prácticas empresariales, ni el abordaje de esas cuestiones en la negociación colectiva. Otro aspecto concreto del mantenimiento del contacto es el relativo a la actividad sindical cuando el/a trabajador/a excedente es un representante de personal. La STSJ/Castilla-La Mancha de 13.10.2004, AS 2004 2948, le reconoce el derecho “*a acceder a las instalaciones de la empresa a los efectos de llevar a cabo las funciones propias de su condición de representante*”.

E Carácter retribuido y/o protección social

El Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, sin imponer la retribución o la cobertura social durante el disfrute del permiso parental, obliga a valorar esas cuestiones –cláusula 5ª–, y la ausencia de retribución y/o cobertura social es la carencia más importante de la legislación española sobre excedencia para el cuidado de hijos/as o de familiares. Y es que, hablando más en general de los aspectos de protección social de los derechos de conciliación de larga duración –la reducción de jornada y la excedencia para el cuidado de hijos/as o de familiares–, se aprecian las nefastas consecuencias de una racanería legislativa que ha llevado a reconocer ciertos niveles de protección solo tras una tortuosa evolución.

Al respecto, y frente al –desconocido en España– nivel máximo de protección –que implicaría el reconocimiento de prestaciones sociales durante el periodo de excedencia o



reducción de jornada–, sí se ha alcanzado un nivel mínimo, que implica el reconocimiento del periodo de excedencia –la reducción de jornada implica una alta pura y simple, aunque a tiempo parcial– como situación asimilada al alta –artículo 6.1 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, y Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo–, e incluso uno medio, que implica el reconocimiento como cotizado del periodo de excedencia o reducción de jornada

6

En este mismo sentido, véase CABEZA PEIREIRO, J. “¿En qué medida ...”, obra citada.

7

PÉREZ ALONSO, M. A. “La nueva excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral”, *Poder Judicial*, número 38, 1995, p. 236, aunque se destaca como, a pesar de no haber una reserva de puesto de trabajo, el establecimiento de bonificaciones para la contratación de trabajadores/as interinos/as fomenta la conservación del puesto de trabajo y garantiza el reingreso automático del excedente.

8

QUINTANILLA NAVARRO, B. “La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, *Actualidad Laboral*, Número 20, 1995, página 15, para quien “esta formulación del derecho a la reserva del puesto de trabajo se sitúa en la línea del (entonces) proyecto de directiva sobre la materia”, como así se comprueba viendo la cláusula 2.5 de la Directiva 1996/34/CE –actual cláusula 5ª de la 2010/18/UE–.

9

BALLESTER PASTOR, M. A. “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos”, *Tribuna Social*, Números 68 y 69, 1996, p. 23 y ss. También CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTÍN, M. S. “Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas”, *Aranzadi Social*, Volumen V, 1998, páginas 565 y 566, siguen este criterio considerando en su defensa “que en nuestro ordenamiento jurídico no han existido figuras intermedias entre la excedencia voluntaria y la forzosa”.

10

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, Editorial CEDECS, Barcelona, 2002, página 256. Similar, MARÍN ALONSO, I. e GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001, página 189.

dentro de concretos arcos temporales –art. 180 de la LGSS–.

F

El reingreso del/a trabajador/a excedente

El derecho del trabajador “a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su situación laboral” se reconoce en el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental –cláusula 5ª–, cuya transposición interna se entiende sustancialmente cumplida con la redacción del artículo 46.3 del ET, a pesar de que, desde la Ley 4/1995, de 23 de marzo, mantiene una distinción entre el reingreso en el primer año de la excedencia para el cuidado de hijos/as, que se asocia al “derecho a la reserva de su puesto de trabajo”, y “transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”.

Aunque los primeros comentarios de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, entendían que, más allá de un año, no se garantizaba “ni la misma localidad, ni la misma retribución, ni el mismo turno”⁷, o que existía “mayor flexibilidad”⁸, para la doctrina actual imperante es una distinción irrelevante porque la referencia a “un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente señala las competencias de movilidad funcional que todo empresario tiene como parte de su poder de dirección”⁹. Y si también las tiene en el primer año, “los efectos derivados de la reserva de puesto de trabajo o la reserva preferente a un puesto del mismo grupo profesional o de categoría equivalente son idénticos”¹⁰.

Hecha esta aclaración, la norma española aparenta una perfecta transposición de la norma comunitaria. Sin embargo, se nos escapa que, en la norma comunitaria, la posibilidad de acudir al puesto de trabajo equivalente o similar es –sin ninguna referencia al momento del reingreso–

una posibilidad subsidiaria respecto a la principal del mismo puesto de trabajo, una gradación inexistente en la norma española. De este modo, si el reingreso del excedente se realiza, más allá del primer año, en un puesto de trabajo equivalente o similar habiendo en la empresa el mismo puesto de trabajo vacante, y pudiendo ocuparse, el empresario/a, aunque estaría cumpliendo la norma española, estaría incumpliendo con la comunitaria.

Quizás sea solventable la inadecuación entre la norma comunitaria y la norma comunitaria acudiendo al artículo 14 de la CE. Ciertamente, esta norma constitucional no obliga a una interpretación determinada del artículo 46.3 del ET. Pero el artículo 14 de la CE sí impide que, a través del incumplimiento del artículo 46.3 del ET, se discrimine, lo que acarrearía “si llevase aparejado un trato peyorativo en las condiciones laborales o una limitación o quebranto de los derechos o expectativas económicas o profesionales de la trabajadora” –véase STC 233/2007, de 5 de noviembre–. Y aplicar el *ius variandi* sin existir causa se puede considerar indicio –y un indicio solo refutable si se acredita dicha causa– de discriminación sexista.

Por lo demás, el derecho español no regula ningún mecanismo adicional para facilitar el reingreso como los establecidos en el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental, que anima a trabajadores y empresarios “a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración”, y establece la posibilidad, tras reincorporarse, de “pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo” –cláusula 6ª–. Ahora bien, siempre le cabría al trabajador/a reingresado/a acudir a otros derechos de conciliación, como el derecho a adaptación de la duración o distribución de la jornada –artículo 34.8 del ET–, o el derecho a la reducción de jornada –artículo 37.5 del ET–.

Participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público

RECOMENDACIÓN
REC(2003)3 DEL COMITÉ
DE MINISTROS A LOS
ESTADOS MIEMBROS
SOBRE PARTICIPACIÓN
EQUILIBRADA DE LAS
MUJERES Y LOS HOMBRES

EN LOS PROCESOS DE
TOMA DE DECISIÓN EN LOS
ÁMBITOS POLÍTICO Y
PÚBLICO ADOPTADA EL
12 DE MARZO DE 2003
Y MEMORÁNDUM
EXPLICATIVO



**RECOMENDACIÓN REC(2003)3
DEL COMITÉ DE MINISTROS
A LOS ESTADOS MIEMBROS
SOBRE PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA
DE LAS MUJERES Y LOS HOMBRES EN
LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES
EN LOS ÁMBITOS POLÍTICO Y PÚBLICO
(APROBADA POR EL COMITÉ DE MINISTROS
EL 12 DE MARZO DE 2003 EN EL CURSO
DE LA 831ª REUNIÓN DE LOS REPRESENTANTES
DE LOS MINISTROS)**

El Comité de Ministros, con arreglo a lo dispuesto en el apartado b del Artículo 15 del Estatuto del Consejo de Europa,

Teniendo en cuenta que las mujeres constituyen más de la mitad de la población y del electorado en sus Estados miembros, pero que siguen estando ampliamente subrepresentadas en la toma de decisión política y pública en una gran parte de sus Estados miembros;

Teniendo en cuenta que, a pesar de la existencia de una igualdad *de jure*, el reparto de poder y responsabilidades entre las mujeres y los hombres, así como su acceso a los recursos económicos, sociales y culturales sigue siendo muy desigual debido a la persistencia de los modelos tradicionales de reparto de tareas entre mujeres y hombres;

Consciente de que el funcionamiento de los sistemas electorales y de las instituciones políticas, incluidos los partidos políticos, puede dificultar la participación de las mujeres en la vida política y pública;

Considerando que la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública forma parte del pleno disfrute de los derechos humanos y constituye un elemento de justicia social y una condición necesaria para un mejor funcionamiento de una sociedad democrática;

Considerando que el logro de una participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública conduciría a una mejor y más eficaz formulación de las políticas mediante la redefinición de prioridades y la inclusión de nuevos asuntos en la agenda política, así como a una mejora de la calidad de vida para todos;

Considerando que la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública es necesaria para el desarrollo y construcción de una Europa basada en la igualdad, la cohesión social, la solidaridad y el respeto a los derechos humanos;

Recordando la declaración adoptada en la Segunda Cumbre del Consejo de Europa (octubre de 1997) en



la que los jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa subrayaron *“la importancia de una representación más equilibrada de las mujeres y los hombres en todos los sectores de la sociedad, incluyendo la vida política”*, y pidieron que se siguiera *“avanzando hacia la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres”*;

Teniendo en cuenta el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) y sus Protocolos;

Teniendo en cuenta la Carta Social Europea (1961), la Carta Social Europea revisada (1996) y el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas (1995);

Teniendo en cuenta los textos aprobados en la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos celebrada en Roma en 2000;

Teniendo en cuenta las siguientes Recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa: Recomendación n° R(85)2 relativa a la protección jurídica contra la discriminación por razón de sexo; Recomendación n° R(96)5 relativa a la conciliación del trabajo y la vida familiar; Recomendación n° R(98)14 sobre transversalidad del principio de igualdad (mainstreaming de género);

Teniendo en cuenta los siguientes textos aprobados por la Asamblea Parlamentaria: Recomendación 1229(1994) sobre igualdad de derechos de las mujeres y los hombres; Recomendación 1269 (1995) sobre avances tangibles en los derechos de las mujeres a partir de 1995 y Recomendación 1413 (1999) sobre igualdad de representación en la vida política;

Teniendo en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

Recordando el Convenio de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW, 1979), en especial sus artículos 7 y 8;

Recordando asimismo los compromisos que figuran en la Plataforma de Acción de Pekín, así como en las Conclusiones Acordadas en la sesión extraordinaria de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2000 (Pekín + 5);

Considerando que la democracia no puede seguir ignorando la competencia, habilidades y creatividad de las mujeres y que debe, en cambio, tener en cuenta la perspectiva de género e integrar en todos los niveles del proceso de toma de decisiones, tanto en el ámbito político como público, a las mujeres de diferente condición y grupos de edad.

Consciente de la prioridad absoluta que el Consejo de Europa concede al fomento de la democracia y los derechos humanos,

Recomienda que los gobiernos de los Estados miembros:

I se comprometan a promover la representación equilibrada de las mujeres y los hombres mediante el reconocimiento público de que la igualdad en el reparto del poder en el proceso de toma de decisiones entre mujeres y hombres de distinta condición y edad, fortalece y enriquece la democracia;

II protejan y promuevan la igualdad de derechos civiles y políticos de las mujeres y los hombres, incluidos el derecho de sufragio pasivo y la libertad de asociación;

III garanticen que mujeres y hombres pueden ejercer su derecho individual al voto y, a tal fin, adopten todas las medidas necesarias para eliminar la práctica del voto familiar;

IV revisen su legislación y sus prácticas con el fin de garantizar que se aplican y se ponen en marcha las estrategias y medidas recogidas en la presente recomendación;

V promuevan y fomenten medidas especiales para estimular y apoyar el deseo de las mujeres de participar en la toma de decisión política y pública;

VI consideren el establecimiento de objetivos vinculados a unos plazos con el fin de alcanzar la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública;

VII garanticen que la presente recomendación se pone en conocimiento de todas las instituciones políticas y entidades públicas y privadas pertinentes, en particular de los parlamentos nacionales, las autoridades regionales y locales, los partidos políticos, la administración pública, los organismos públicos y semi-públicos, las empresas, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las organizaciones no gubernamentales;

VIII sigan y evalúen los avances en la consecución de la participación equilibrada de las mujeres y los hombres



en la vida política y pública, e informen periódicamente al Comité de Ministros acerca de las medidas adoptadas y de los avances logrados en este campo.

APÉNDICE A LA RECOMENDACIÓN REC(2003)3

A los efectos de la presente recomendación, la participación equilibrada de las mujeres y los hombres significa que la representación de mujeres o hombres en cualquier órgano de toma de decisiones en la vida política o pública no debe ser inferior al 40%.

Sobre esta base, se invita a los gobiernos de los Estados miembros a considerar las siguientes medidas:

A Medidas legislativas y administrativas

Los Estados miembros deberán:

1 considerar posibles cambios constitucionales y/o legislativos, incluidas medidas de acción positiva, que pudieran facilitar una participación más equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública;

2 adoptar medidas administrativas para que la lengua oficial refleje un reparto equilibrado del poder entre mujeres y hombres;

3 considerar la aprobación de reformas legislativas destinadas a establecer umbrales de paridad en las candidaturas a las elecciones locales, regionales, nacionales y supranacionales. Cuando existan listas proporcionales, considerar la posibilidad de establecer la alternancia de mujeres y hombres;

4 considerar medidas relativas a la financiación pública de los partidos políticos que les animen a promover la igualdad de género;

5 cuando se observe que los sistemas electorales tienen repercusiones negativas en la representación política de las mujeres en las instituciones para las que se celebren elecciones, ajustar o reformar esos sistemas con el fin de promover la representación equilibrada de las mujeres y los hombres;





6 considerar la adopción de medidas legislativas apropiadas que restrinjan la concurrencia en una misma persona de varios cargos políticos simultáneamente;

7 adoptar medidas legislativas y/o administrativas apropiadas que mejoren las condiciones de trabajo de los/las representantes elegidos en los ámbitos local, regional, nacional y supranacional con el fin de garantizar un acceso más democrático a los órganos elegidos;

8 adoptar medidas legislativas y/o administrativas apropiadas que apoyen a las representantes y los representantes elegidos en la conciliación de sus responsabilidades familiares y públicas y, en particular, instar a los parlamentos y a las autoridades locales y regionales a garantizar que sus horarios y métodos de trabajo permiten a tales representantes de ambos sexos conciliar su trabajo y su vida familiar;

9 considerar la adopción de medidas legislativas y/o administrativas apropiadas que garanticen la existencia de una representación equilibrada de hombres y mujeres en todos los cargos de comités públicos de nombramiento ministerial o gubernamental;

10 velar por que exista una representación equilibrada de las mujeres y los hombres en puestos o funciones objeto de nombramiento por el gobierno y otras autoridades públicas;

11 velar por que los procesos de selección, contratación y nombramiento para puestos principales de toma de decisión pública sean sensibles a las cuestiones de género y transparentes;

12 hacer que la administración pública sea ejemplar tanto en lo relativo a reparto equilibrado entre hombres y mujeres de los puestos de toma de decisiones como en su desarrollo profesional;

13 considerar la adopción de medidas legislativas y/o administrativas apropiadas que garanticen una representación equilibrada de hombres y mujeres en todas las delegaciones nacionales a organismos y foros internacionales;

14 tener debidamente en cuenta el equilibrio de género al nombrar a representantes en comités de mediación y negociación de ámbito internacional, en particular en los procesos de paz o de solución de conflictos;

15 considerar la adopción de medidas legislativas o administrativas dirigidas a alentar y apoyar a las empresas para que quienes participen en la toma de decisión política y pública tengan derecho a ausentarse de sus trabajos sin sufrir penalización;

16 establecer, en su caso, apoyar y fortalecer el trabajo del mecanismo de igualdad nacional con el fin de lograr la participación equilibrada en la vida política y pública;

17 alentar a los parlamentos de todos los ámbitos a establecer comisiones o delegaciones parlamentarias de derechos de la mujer e igualdad de oportunidades y a incorporar la igualdad de género a todos sus trabajos.

B Medidas de apoyo

Los Estados miembros deberán:

18 apoyar, a través de todas las medidas apropiadas, programas dirigidos a fomentar un equilibrio de género en la vida política y la toma de decisión pública iniciados por organizaciones de mujeres y cualesquiera organizaciones que trabajen por la igualdad de género;

19 considerar la creación de un banco de datos de mujeres que deseen acceder a un puesto de decisión en la vida política y pública;

20 apoyar y desarrollar la actividad política de las mujeres ofreciendo la oportunidad de crear redes a aquellas elegidas en el ámbito local, regional, nacional e internacional;

21 desarrollar y apoyar programas de tutoría (mentoring), de observación en el puesto de trabajo (*work shadowing*), de desarrollo de la confianza personal, de formación en liderazgo y en medios de comunicación dirigidos a las mujeres que se planteen participar en la toma de decisión política y pública;



22 alentar la formación de mujeres candidatas y representantes en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación;

23 incorporar en los planes de estudios actividades educativas y formativas dirigidas a sensibilizar a las personas jóvenes acerca de la igualdad de género y a prepararles para la ciudadanía democrática;

24 promover la participación de las personas jóvenes, especialmente de las mujeres jóvenes, en asociaciones para que puedan adquirir experiencia, conocimientos y capacidades susceptibles de trasladarse al campo de la participación institucional y especialmente política;

25 alentar a las organizaciones juveniles a velar por una participación equilibrada de las mujeres y los hombres en sus estructuras de toma de decisiones;

26 fomentar una mayor participación de las minorías étnicas y culturales, y especialmente de las mujeres de estas minorías, en la toma de decisiones a todos los niveles;

27 informar a los partidos políticos de las distintas estrategias utilizadas en los diversos países para promover la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la elección de las asambleas; alentarles a aplicar alguna de estas estrategias y a promover la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en puestos de decisión dentro de las estructuras del partido;

28 apoyar programas promovidos por los agentes sociales (organizaciones empresariales y sindicales) con el fin de fomentar la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en puestos de responsabilidad y decisión, dentro de sus propias filas y en el contexto de la negociación colectiva;

29 alentar a las empresas y asociaciones a garantizar la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en sus órganos de decisión, en particular en aquéllas subvencionadas para la prestación de servicios públicos o la aplicación de políticas públicas;

30 promover campañas de sensibilización de la opinión pública acerca de la importancia de la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública como condición previa de una verdadera democracia;

31 promover campañas dirigidas a fomentar el reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres en la esfera privada;

32 promover campañas dirigidas a grupos específicos, en particular personas dedicadas a la política, agentes sociales y personas que contratan y nombran a responsables de la toma de decisión política y pública, con el fin de sensibilizarles acerca de la importancia de la representación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política y pública;

33 organizar seminarios interactivos sobre igualdad de género para personas clave de la sociedad, como líderes y responsables de alto rango, para sensibilizarles acerca de la importancia de la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en todos los ámbitos de decisión;

34 apoyar a organizaciones no gubernamentales y a institutos de investigación que estudien la participación de las mujeres y las repercusiones en la toma de decisiones y en el entorno de la toma de decisiones;

35 analizar, con arreglo a las encuestas de opinión, cómo se reparten los votos de las mujeres y los hombres con el fin de determinar sus patrones de voto;

36 promover estudios sobre los obstáculos que impiden el acceso de las mujeres a la toma de decisión política y pública en los diferentes niveles y publicar los resultados;

37 promover estudios sobre la participación de las mujeres en la toma de decisiones en el sector social y del voluntariado;

38 promover estudios que tengan en cuenta el género acerca de los papeles, funciones, status y condiciones de trabajo de los representantes elegidos en todos los ámbitos;



39

promover la participación equilibrada en los puestos de decisión de los medios de comunicación, incluidos los órganos de dirección, programación, educación, formación, investigación y regulación;

40

apoyar la formación y la sensibilización de estudiantes de periodismo y profesionales de los medios de comunicación acerca de cuestiones relacionadas con la igualdad de género y el modo de evitar los estereotipos sexistas y el sexismo;

41

alentar a los profesionales de los medios de comunicación a velar por que las mujeres y los hombres candidatos y elegidos representantes reciben igual visibilidad en los medios de comunicación, especialmente durante los períodos electorales.

C

Seguimiento

Los Estados miembros deberán:

42

considerar la creación de organismos independientes, como observatorios de la igualdad u órganos especiales de mediación independiente, para el seguimiento de la política estatal en materia de participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la vida política y pública, o encomendar esta tarea a los mecanismos nacionales para la igualdad;

43

considerar el establecimiento y aplicación de indicadores de seguimiento y evaluación de la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisiones en base a datos comparables internacionalmente segregados por sexo;

44

considerar la adopción de los siguientes indicadores para medir los avances en el campo de la toma de decisión política y pública:

- i. el porcentaje de mujeres y hombres elegidos para los parlamentos (supranacional, nacional, federal, regional) y las asambleas locales según el partido político;
- ii. el porcentaje de mujeres y hombres elegidos para los parlamentos (supranacional, nacional) comparado con el número de candidatos y candidatas según partido político (la tasa de éxito);

iii. el porcentaje de mujeres y hombres en las delegaciones nacionales en asambleas cuyos miembros son designados, como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa y en organismos y foros internacionales;

iv. el porcentaje de mujeres y hombres en los gobiernos nacionales, federales y regionales;

v. el número de mujeres y hombres que ocupan ministerios o secretarías de Estado en los distintos ámbitos de actuación (carteras/ministerios) en los gobiernos nacionales, federales o regionales de los Estados miembros;

vi. el porcentaje de funcionarios y funcionarias de rango superior y su distribución en los diferentes ámbitos de actuación;

vii. el porcentaje de mujeres y hombres jueces del Tribunal Supremo;

viii. el porcentaje de mujeres y hombres en organismos designados por el Gobierno;

ix. el porcentaje de mujeres y hombres en los órganos de decisión de los partidos políticos a escala nacional;

x. el porcentaje de mujeres y hombres afiliados a organizaciones empresariales, sindicales y profesionales y el porcentaje de mujeres y hombres en sus órganos de decisión a escala nacional;

45

presentar, cada dos años, informes a sus parlamentos nacionales sobre las medidas adoptadas y los avances logrados en relación con los indicadores arriba enumerados;

46

publicar, cada dos años, informes sobre las medidas adoptadas y los avances conseguidos en la participación de las mujeres en la toma de decisiones y darles una amplia difusión;

47

publicar y hacer que sean fácilmente accesibles estadísticas sobre las candidaturas a cargos públicos y sobre representantes elegidos/as que recojan información sobre sexo, edad, profesión, sector profesional (privado o público), educación;

48

fomentar el análisis periódico de la visibilidad y la representación de las mujeres y los hombres en los programas nacionales de noticias y actualidad, especialmente durante las campañas electorales.

El modelo marroquí de familia y su incidencia en España a través del ejercicio del derecho a la vida en familia del extranjero residente: especial atención al cónyuge



RESUMEN

El análisis del fenómeno migratorio de nacionales de Marruecos a España y el posterior desarrollo en nuestro país de sus derechos familiares a través del ejercicio de la reagrupación familiar, pone al descubierto como situaciones familiares producidas al amparo del Derecho de familia marroquí no pueden, sin embargo, encontrar reconocimiento en nuestro Estado, de la misma forma que relaciones jurídicas válidas y eficaces en nuestro territorio no encuentran acomodo posterior en su país de origen. Así, en el caso del cónyuge, figura indiscutida en cuanto a su pertenencia a la familia y a la posibilidad de su reagrupación, origina conflictos en relación a quién debemos considerar incluido bajo esta terminología, pues ¿qué hacer en el caso de que el reagrupante tuviese más de una esposa, o en el supuesto en el que se hubiese dado término a la relación matrimonial por medio del repudio, o en el matrimonio celebrado en España entre personas del mismo sexo, o en las relaciones *more uxorio* constituidas en nuestro Estado? Éstas y otras situaciones relacionadas con el cónyuge serán objeto de reflexión en el presente trabajo.

Palabras clave: Derecho de familia, Código de familia marroquí, *Mudawana*, extranjería, reagrupación familiar, reunificación familiar, cónyuge.

ABSTRACT

The Moroccan model of family and its impact in Spain through the foreign resident's entitlement to a family life: special consideration of the spouse

The analysis of the migratory phenomenon of Moroccan citizens into Spain and how their family rights are further developed in our country by means of their entitlement to family regrouping reveals that family situations supported by Moroccan Family Law are not always acknowledged in our State. Likewise, fully binding and valid juridical relationships in our territory do not have a counterpart in their country of origin. So, the case of the spouse, whose belonging to the notion of family and possibility of regrouping are unquestionable, is in fact a source of conflict, particularly with respect to the boundaries of term "spouse" and who is to be considered included with its scope. What would happen if the person had more than one partner or the marriage finished by repudiation? What if the case was either that of two people of same sex having got married in Spain or a *more uxorio* relationship? These and other situations linked to the spouse will be the object of reflection throughout the present work.

Key words: Family Law, Moroccan Family Code, *Mudawana*, foreign affairs, family regrouping, family reunification, spouse.

POR ELENA LÓPEZ BARBA.
Profesora Doctora de Derecho Civil.
Facultad de Derecho.
Universidad de Huelva.



I INTRODUCCIÓN

Es una cualidad común de los diversos Ordenamientos jurídicos estatales, además del Derecho internacional, la regulación del Derecho de familia, o el reconocimiento de instituciones íntimamente relacionadas con ella (matrimonio, parentesco, patria potestad, tutela...). Pero a los interrogantes de qué es familia, quiénes han de entenderse como miembros de la misma o cuál sea el tratamiento jurídico aplicable, no se obtiene una respuesta coincidente, máxime cuando se trata de poner en conexión sistemas jurídicos con una marcada inspiración religiosa con los que no la tienen. Un ejemplo, es lo que sucede con el cónyuge, pues aun cuando no existe polémica entorno a su pertenencia a la familia ni a su necesidad de protección como componente de la misma, sin embargo, genera conflictos en cuanto a quién entendemos englobado bajo esta terminología. Nos estamos refiriendo al hecho de que en España serían cónyuges dos personas que cumpliendo las formalidades legales previstas hubiesen celebrado válidamente el matrimonio, con independencia de que fuesen de distinto o del mismo sexo pero no obtendría la categoría de ¹ cónyuge quien se casara con una persona ya casada, unida por un vínculo que no se ha disuelto previamente, dado que no se admiten, por contrarias al orden público español, la poligamia ni la poliandria ².

Éstas y otras hipótesis relacionadas con la capacidad y libertad para contraer matrimonio, la disolución del vínculo matrimonial, la tutela de los hijos/as, las parejas de hecho... ponen de manifiesto la dificultad de la empresa que nos ocupa. Y ello, porque la realidad de un mundo cada día más globalizado, donde los matrimonios mixtos son cada vez más frecuentes, se suma la particularidad de que España dejó de ser un país de paso para la inmigración, para ser el lugar donde se asienta de forma definitiva o, al menos, estable. Una evidencia de lo anterior es que el extranjero haga uso de su derecho a la reagrupación familiar de aquellos que quedaron en el país de origen ³ o del

derecho a constituir una nueva familia en el territorio de acogida.

Entre los inmigrantes asentados en nuestro territorio se encuentra la comunidad marroquí ⁴ que, como las demás, en su deseo de integración y permanencia reagrupan a sus familiares que quedaron en Marruecos o crean nuevos vínculos familiares en nuestro territorio. Cuál sea el régimen jurídico aplicable a las cuestiones de conflicto que surjan en torno a las familias que, viviendo en España, uno o todos sus miembros tengan nacionalidad marroquí es un tema del que se ocupa el Derecho Internacional Privado ⁵, y que no será objeto de reflexión en el presente trabajo, pues lo que se pretende es subrayar cómo fórmulas extrañas a nuestro Derecho de familia e incluso contrarias a nuestra Constitución se han instalado en nuestro país vía de facto. O cómo situaciones familiares válidamente constituidas en nuestro Estado no son reconocidas en Marruecos. Pero antes de entrar en estas cuestiones es preciso realizar un pequeño apunte sobre cuál sea el régimen jurídico aplicable en el ejercicio del derecho a la vida en familia y su más clara expresión, el derecho a la reagrupación familiar.

II RÉGIMEN JURÍDICO APPLICABLE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA

El régimen jurídico aplicable para el ejercicio del derecho a la vida en familia en su más clara manifestación, la unificación familiar, dependerá de la nacionalidad del sujeto que, residente en España, inicie este procedimiento, así:

Si se tratara de un ciudadano de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, que haciendo uso de su derecho a la libre circulación se instala en España y una vez aquí decide reunirse con uno o varios miembros de su familia nacionales de un tercer Estado, por ejemplo, nacional

1

Art. 44.2º Código civil, redactado conforme a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE nº 157, de 2 de julio).

2

Impedimento de ligamen, artículo 46.2 Código civil y matrimonios ilegales, artículos 217 a 219 Código Penal.

3

De la web del Instituto Nacional de Estadística, los últimos datos del año 2008, relativos a septiembre de 2007, inmigrantes venidos a España por reagrupación familiar: 1.451.950.

4

De la web del Instituto Nacional de Estadística, datos de la Revisión del Padrón Municipal de 2009, en el apartado: ámbito nacional, población de ambos sexos con país de nacimiento Marruecos, con independencia de su nacionalidad actual: 737.818.

5

RODRÍGUEZ BENOT, A. "Eficacia ante el Ordenamiento español de matrimonio celebrado por contrayentes de los que, al menos, uno sea marroquí", en AAVV, *Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano-Marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado Marroquí*, Volumen I, FIIAPP, Madrid, 2009, pp. 14 a 97.

6

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE nº 51, de 28 de febrero), que incorpora la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOCE L 158, de 30 de abril; corrección de errores, DOCE L 229/35, de 26 de junio de 2004). Real Decreto 240/2007 que ha sido parcialmente anulado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de la Contencioso Administrativo, de 1 de junio de 2010 ante el recurso presentado por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la Asociación Pro Derechos de Andalucía (BOE nº 266, de 3 de noviembre).

7

BOE nº 10, de 12 de enero. La Ley Orgánica 4/2000 sufre sucesivas modificaciones: Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 307, de 23 de diciembre). Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº 234, de 30 de septiembre). Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia Desleal (BOE nº 279, de

21 de noviembre). Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 299, de 12 de diciembre). En la actualidad se desarrolla por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 6, de 7 de enero de 2005). En el momento de elaboración de este artículo está en proceso de aprobación un nuevo Reglamento previsto para el mes de abril de 2011.

8

El Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, a propósito de la solicitud de impugnación de la expresión “otro Estado miembro” contenida en el artículo 2 del RD 240/2007, recoge que *“En síntesis, la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia –de nacionalidad extracomunitaria–, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38/CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los estados miembros. La introducción, en el precepto impugnado, de la expresión en la que la impugnación se concreta (de otro Estado miembro) implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada”*.

9

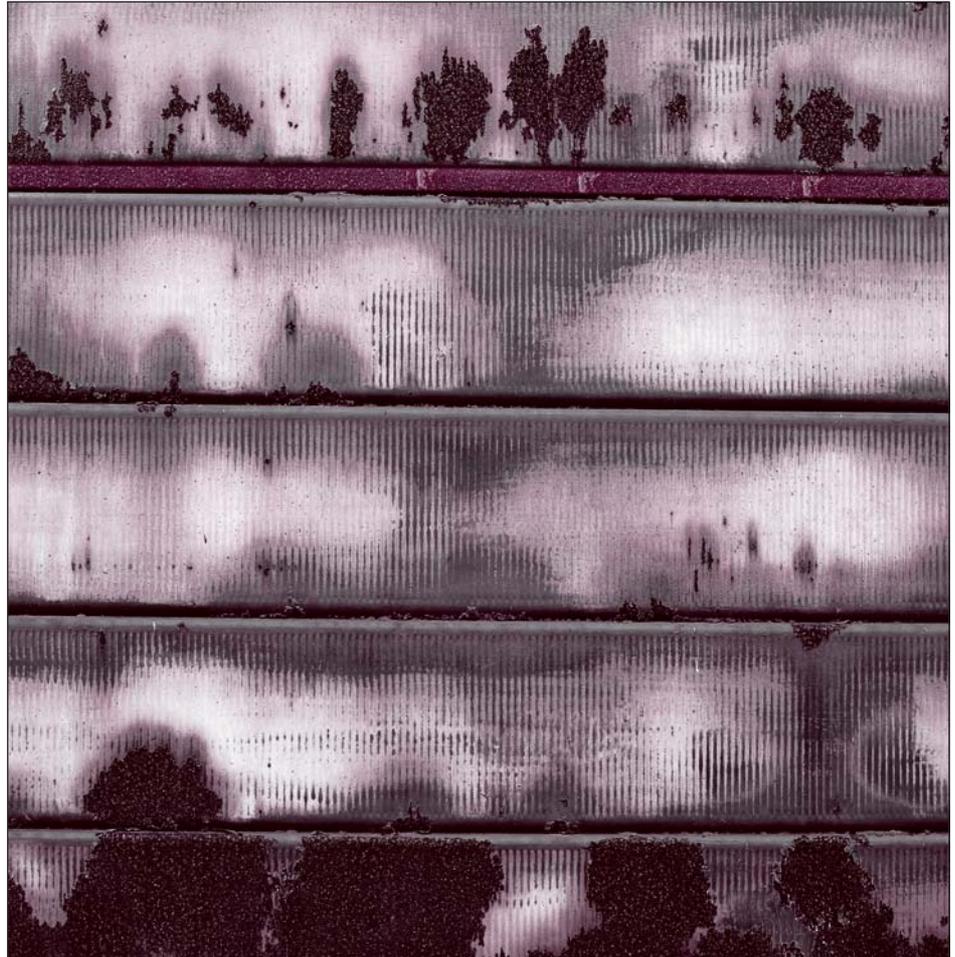
BOE nº 266, de 3 de noviembre de 2010.

10

DA Vigésima del RD 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000 –incorporada por el RD 240/2007–, sobre “Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”.

11

La Disposición final tercera del RD 240/2007, se refiere a la “Modificación del Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre” e incorpora a este texto la Disposición Adicional Vigésima, sobre “Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”, disposición anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010. Hay que hacer notar que en el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo hay una errata en el punto segundo apartado 1) por el que se deroga la “Disposición Final Tercera, apartado Dos (Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre)” en lugar de la Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Error que ha sido expresamente corregido en la letra B) del texto publicado en el BOE de 3 de noviembre de 2010.



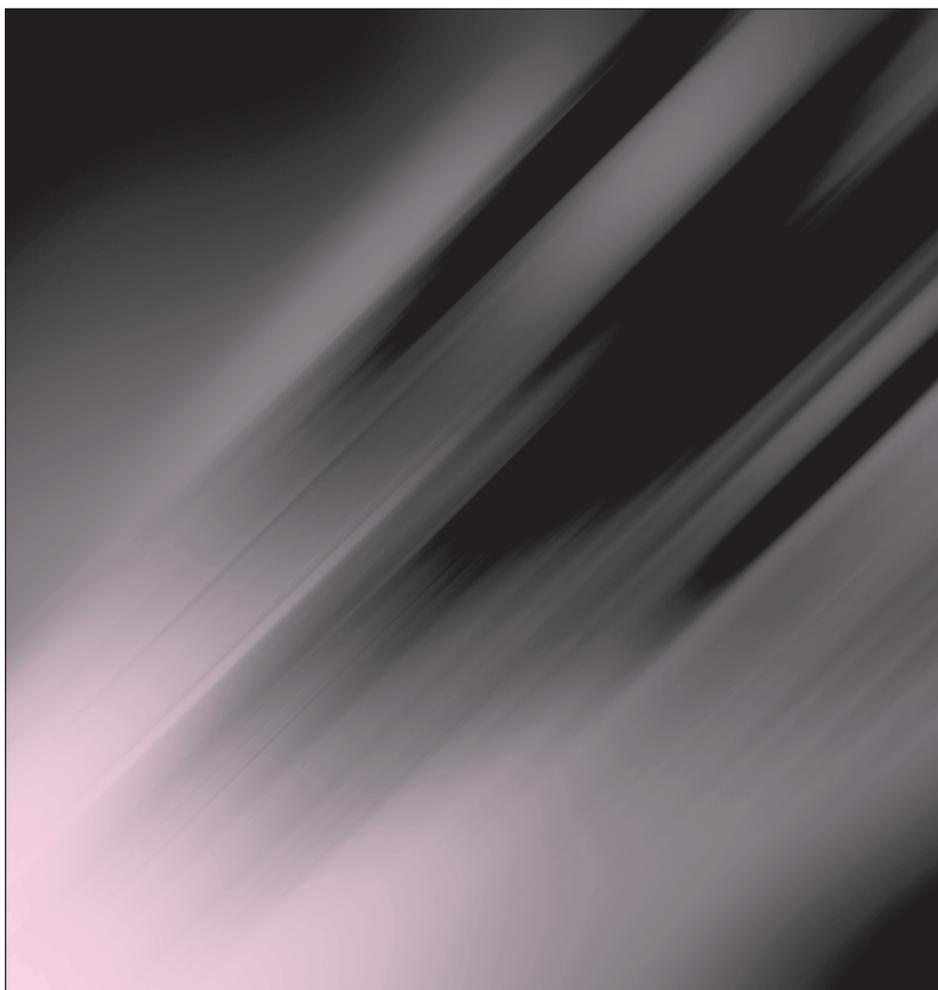
de Marruecos, en este caso la norma aplicable sería el Real Decreto 240/2007⁸.

Si se tratara de un nacional de un tercer Estado, por ejemplo, nacional marroquí, que desea reagrupar a sus familiares, también nacionales de terceros Estados, sean de Marruecos u otro Estado diverso, en este caso la norma aplicable es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷.

Si se tratara de un nacional español que, haciendo uso de su derecho a la libre circulación como ciudadano de la Unión se instala en otro Estado comunitario y allí ha constituido o ha unificado a un familiar nacional marroquí, y luego cuando regresa a España desea hacer uso de su derecho a la vida en familia, lo hará de acuerdo

con el Real Decreto 240/2007⁸ según la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 que anula parcialmente esta norma⁹.

Situación más *discutible* es en la que queda el nacional español que permaneciendo en España y sin haber hecho uso de su derecho a la libre circulación desea reagrupar a un familiar no comunitario, por ejemplo, marroquí. Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, se le aplicará el Real Decreto 240/2007, dado que esta sentencia ha declarado nula la disposición adicional vigésima del Real Decreto 2393/2004¹⁰, incorporada por el Real Decreto 240/2007¹¹. En concreto, en el Fundamento de Derecho Decimo Primero de la Sentencia del alto Tribunal se precisa la necesaria aplicación al ciudadano/a español, que no ha hecho uso a la libre circulación, del régimen previsto en la Directiva 2004/38/CE



incorporado en nuestro Derecho por el Real Decreto 240/2007, así afirma la Sentencia que “*Dado el caso, carecería de sentido la situación de discriminación inversa que se produce cuando el reagrupante es nacional del Estado en el que reside y pretende llevar a cabo la reagrupación familiar, puesto que por encima de su derecho al ejercicio a la libre circulación ostenta un estatus superior, que es el que le confiere la condición de ser un ciudadano de la Unión*”. Sin embargo, el Tribunal olvida, como ha puesto de manifiesto el voto particular, que la Directiva se refiere al “*ciudadano de la Unión que se traslade o resida en un Estado distinto del Estado del que tenga la nacionalidad y a los miembros de su familia como los que le acompañen o se reúnan con él. Lo que pone de manifiesto, de un lado, que el objeto de la Directiva no es regular las relaciones entre un Estado y sus nacionales, sino los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión*

en el espacio común y no en su país de origen. Y, de otro, se exige la necesidad de movimiento o desplazamiento, que comporta la libre circulación, para su inclusión, como beneficiario, en el ámbito de aplicación de la Directiva. Se precisa, por tanto, que se hayan ejercitado los derechos de libre circulación y residencia para que a los miembros de su familia, que no son europeos o comunitarios, les sea de aplicación el RD impugnado”¹². De ahí que se calificara al inicio de este párrafo de *discutible* la solución actual para los nacionales españoles/as, pues aún cuando tras la Sentencia del Tribunal Supremo no hay duda de que el régimen jurídico aplicable es el previsto para los/las ciudadanos de la Unión Europea que han hecho uso de la libre circulación, no es menos cierto que esta solución no es la más adecuada tal y como queda de manifiesto en el voto particular, que compartimos plenamente. Además, entendemos que el poder judicial parece, en esta ocasión, que al

12

Opinión manifestada en el Voto Particular formulado por la Magistrada María del Pilar Teso Gamella, en el punto segundo relativo a los “*apartados declarados nulos por la sentencia de los que disiento*”, punto primero. En el que insiste sobre el tema afirmando “*En definitiva, se trata de crear un espacio sin fronteras, no de interferir en las relaciones entre el Estado y sus nacionales, toda vez que ésta es una cuestión propia de nuestro derecho interno pero ajena al derecho comunitario*”.

13

Sobre este particular puede consultarse la obra de MARÍN CONSARNAU, D., *La reagrupación Familiar en el Régimen Comunitario. Problemas de discriminación inversa*. Bosch Editores, Barcelona, 2010, en especial, pp. 99 y ss.

14

En adelante *Mudawana*. La traducción a este texto que se transcriba en lo sucesivo es la correspondiente a la obra AAVV, *Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano-Marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado Marroquí*. Volumen II, FIIAPP, Madrid, 2009. Al no contar con una traducción oficial del texto legal marroquí puede cotejarse la traducción utilizada con la realizada bajo la dirección de ESTEBAN DE LA ROSA, G., *La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)*, Junta de Andalucía, 2009.

15

Preámbulo de la Ley 70-03 relativa al Código de familia “*Este proyecto persigue, además de la equidad hacia la mujer, la protección de los derechos de los menores y la preservación de la dignidad del hombre, respetando fielmente los designios de tolerancia en materia de justicia, igualdad, solidaridad que preconiza el Islam. Asimismo reserva un lugar destacado al esfuerzo de innovación jurisprudencial (Ijtihad), (...) sin olvidar las exigencias del espíritu de los tiempos y del desarrollo y los compromisos suscritos por el Reino en materia de Derechos Humanos, universalmente reconocidos*”. Es preciso señalar que en el momento de realización de este texto se están viviendo en el norte de África unos cambios socio-políticos muy significativos, fruto de las revueltas populares. Ante esta nueva realidad vivida en países vecinos el Monarca marroquí ha anunciado reformas constitucionales y ha apuntado la necesidad de avanzar en el campo de una mayor consideración de la mujer y en la búsqueda de la igualdad en el ámbito del Derecho de familia.

16

Según la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE n° 65, de 16 de marzo). Artículo 5 “*Efectos*. 1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil. 2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición (...)”.



17

De acuerdo con la nueva redacción dada a la Ley Orgánica 4/2000, por la Ley Orgánica 2/2009, el artículo 17.4 permite reagrupar a “La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equiparará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España (...)”.

18

Artículo 2, b) del Real Decreto 240/2007 “A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro (...)”.

19

FREIRE CORREURA DE GUSMÃO, A. C., “El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español comunitario”, *Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 23, 2010, pp. 113-160, esp. pp. 128-129.

20

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE n° 263, de 31 de octubre).

21

Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de Registros y Notariado, Sobre los matrimonios de complacencia (BOE n° 41, de 17 de febrero).

22

OLARTE ENCABO, S., “Novedades en el derecho de reagrupación familiar del extranjero para la construcción de un nuevo derecho social de integración”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. La Ley*, Madrid, 2010, pp. 345-420, esp. pp. 392-393.

23

Vid. artículos 12.3; 49 y 50 del Código Civil español.

24

Tal y como se recoge en CERVILLA GARZÓN, M. D. y ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, pp. 48-53, esp. p. 48.

tomar esta decisión, se ha arrogado una competencia propia del legislador, pues es a la legislación de cada Estado a la que corresponde decidir qué hacer con respecto a sus nacionales. Y ello sin perjuicio, de que la solución adoptada por la anterior redacción del Real Decreto 240/2007 genere situaciones conocidas como de discriminación negativa¹⁷.

III ESPECIAL SITUACIÓN DEL CÓNYUGE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Volviendo al análisis de las situaciones familiares presentes en nuestro territorio que parecen no entenderse entre los dos Estados (España y Marruecos) es preciso señalar las diversas peculiaridades relacionadas con el/la cónyuge, fruto de las diferentes concepciones, de una parte, el marcado carácter religioso del Derecho marroquí, de otra, las desigualdades que se predicen de su regulación entre hombres y mujeres, además de la no siempre fácil conexión con los Derechos y Libertades Fundamentales que se deducen de nuestra Constitución y de Tratados y Acuerdos Internacionales. Si bien, es cierto que no podemos dejar de valorar el esfuerzo realizado en la aprobación de la Ley N° 70-03 relativa al Código de Familia¹⁴, promulgada por el Dahir n° 1-04-22 de 12 de Hija de 1424 (3 de febrero de 2004) puesto de manifiesto en su preámbulo¹⁵.

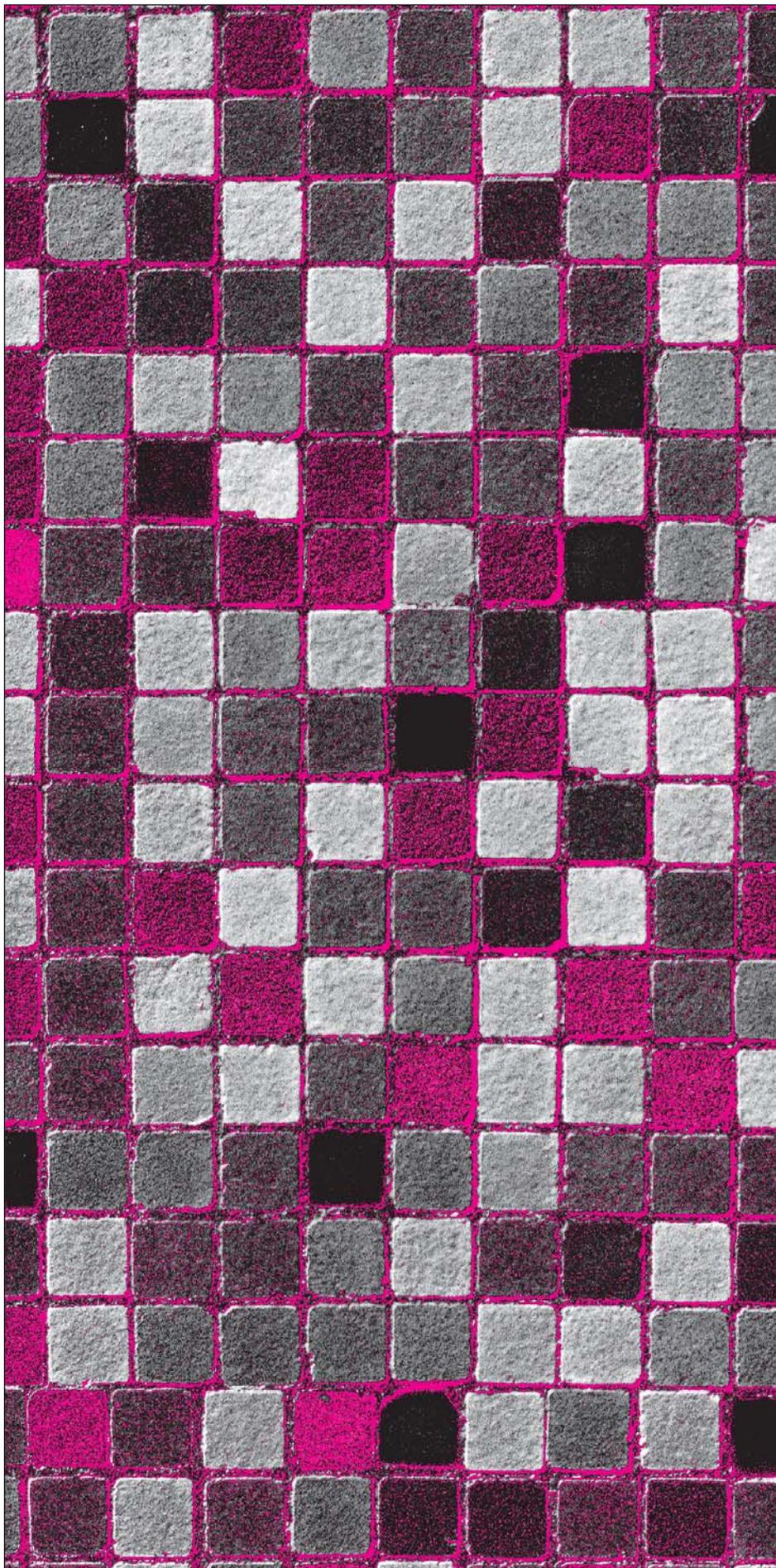
Como ya se ha indicado, en nuestro Estado, desde la reforma del Código civil introducida por la Ley 13/2005, es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio que carece de reconocimiento en el Estado Marroquí, de suerte que si un/una nacional marroquí residente en España contrae matrimonio en nuestro país con una persona del mismo sexo, este matrimonio no tendría validez en su país, no se generarían efectos jurídicos del mismo.

En el caso de los matrimonios de parejas mixtas en la que uno de los cónyuges se ha sometido a una inter-

vención quirúrgica de corrección del sexo o proceso de reasignación de sexo¹⁶, esto es, el fenómeno de la transexualidad, tampoco tendría reconocimiento alguno en el país vecino.

Tampoco se da reconocimiento en el país vecino a las relaciones *more uxorio*, si bien, la pareja de hecho de nacionalidad marroquí sería reagrupable en España, esto es, sí tendría plena validez en nuestro Derecho, tanto si quien la reagrupara fuese un nacional marroquí¹⁷ como un nacional español, de la UE, del EEE o de Suiza¹⁸. Al no reconocerse eficacia a las parejas de hecho en Marruecos no es posible que las personas del mismo sexo que hayan contraído matrimonio en un país que así lo permita encuentren después acomodo legal en Marruecos por la vía de este tipo de relaciones de hecho. Es preciso hacer notar la inseguridad que encierra la admisión de la reagrupación familiar de la pareja de hecho, que aun siendo una decisión de justicia¹⁹ por la eficacia ya reconocida para los españoles, los nacionales de la UE, EEE y Suiza o los/las refugiados²⁰, en todos los casos encierra el peligro del fraude de ley materializado en las relaciones de conveniencia –como ya sucedía en los matrimonios de complacencia²¹–, sin perjuicio de la dificultad añadida de cómo probar la existencia de una situación jurídica de hecho, basada en la convivencia, cuando para reagrupar a la pareja ésta debe de quedar en el país de origen y permanecer separados, al menos, el tiempo necesario para que el reagrupante obtenga la renovación de su autorización de residencia en España²².

Situación diversa es la de los matrimonios que siendo válidos en el país de origen no pueden ser considerados como tal en nuestro Estado, ese es el supuesto de la poligamia²³, prevista en la regulación marroquí entre los impedimentos temporales y que tras la reforma de 2004 se hacen necesarias una serie de prevenciones tendentes, si no a *erradicar la institución, sí a restringirla fuertemente*²⁴. De ahí que se precise de la autorización judicial (artículo 42), el consentimiento



25

Preámbulo de la Ley 70-03 relativa al Código de familia que reproduce las palabras del Monarca pronunciadas en un discurso en el que resume el espíritu que habría de seguirse en la reforma y que se transcribe por recoger con claridad qué prevé finalmente la normativa en el caso de poligamia “Respecto a la poligamia, hemos procurado que se tenga en cuenta los designios del Islam tolerante en su deseo de justicia, en tanto en cuanto el Todopoderoso permite la poligamia sometiéndola a una serie de restricciones severas *si teméis ser injustos, casaros con una sola mujer*. Pero el Altísimo ha descartado la hipótesis de la perfecta equidad, al decir: *no podéis tratar a todas vuestras mujeres por igual, incluso aunque lo deseéis*, lo que hace la poligamia legalmente casi imposible. De ese modo, hemos respetado la sabiduría notable del Islam, al permitir que el hombre tome una segunda esposa, de forma legal por razones de fuerza mayor, según estrictos criterios draconianos y, además, con autorización del juez. Por el contrario, en el supuesto de prohibición formal de la poligamia, el hombre podría tener la tentación de recurrir a una poligamia de hecho, pero ilícita. Así pues, únicamente se autorizará la poligamia en los siguientes casos y condiciones legales:

- El juez únicamente autorizará la poligamia tras comprobar que el marido está en condiciones de proporcionar a la segunda esposa y a sus hijos/as un trato justo e igualitario respecto a la primera, garantizándoles las mismas condiciones de vida, y siempre y cuando disponga de un motivo objetivo y excepcional para justificar su recurso a la poligamia.
- La mujer podrá imponer como condición al marido en el contrato matrimonial, el compromiso de abstenerse de tomar otras esposas. De hecho, esa condición puede asimilarse a un derecho que le corresponde.

Omar Ibn Khattab, que Dios esté satisfecho de él, señaló al respecto: *el valor de los derechos se halla únicamente en las condiciones que conllevan, los contratos tienen fuerza de ley para las partes* (Pacta sunt Servanda). Cuando no existe tal condición, deberá convocar a la primera esposa y solicitar su consentimiento, comunicar a la segunda esposa el primer matrimonio de su cónyuge, y obtener, también, su consentimiento. Asimismo, cuando el marido tome una segunda esposa, la primera esposa debería tener el derecho de solicitar el divorcio por perjuicio causado?.

26

Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, que repite la argumentación de la Sentencia de 14 de julio de 2004 del mismo Tribunal, según la cual “No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad. Dicho esto, la solución debe ser ahora la misma que la adoptada por la citada STS de 14 de julio de 2004 y en el fondo, por la misma razón: la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incontestable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone



la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un suficiente grado de integración en la sociedad española”. En idéntico sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2010; 14 de julio de 2009. Asimismo, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2010; 9 de junio de 2010; 6 de mayo de 2010; 17 de diciembre de 2009; 4 de junio de 2009; 7 de abril de 2009; 17 de marzo de 2009 y 15 de julio de 2008... Circunstancia diversa es la planteada en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2010 cuando la solicitud de adquisición de la nacionalidad española la plantea una mujer (senegalesa) que al contraer matrimonio en su país de origen acepta el régimen de la poligamia.

27

Artículo 17, 1, a) de la Ley Orgánica de Extranjería "...En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial...".

28

FREIRE CORREURA DE GUSMÃO, A. C., "El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español comunitario", *op. cit.*, p. 129.

29

Artículo 42.2.f) del Reglamento de la Ley de extranjería (RD 2393/2004) "En los casos de reagrupación de cónyuge, declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge".

30

Esta primera esposa reagrupada cuyo vínculo matrimonial ha sido disuelto podría seguir viviendo en España de acuerdo con el contenido del artículo 9 RD 240/ 2007, si el reagrupante hubiese obtenido la nacionalidad española o la de alguno de los Estados de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza. En el caso de que el reagrupante con el que se hubiese roto el vínculo fuera de nacionalidad de un tercer Estado, la Ley Orgánica de Extranjería prevé situaciones de mantenimiento del derecho de residencia en España a desarrollar por el Reglamento (art. 16.3 LOEx) o en los casos de violencia de género (art. 19.2 LOEx) lo que le conferiría una autorización de residencia independiente del que fuera su reagrupante, art. 19 LOEx.

31

CERVILLA GARZÓN, M. D. y ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 48-53.

32

Apud thema vid: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de octubre; de 30 de junio; 16 de junio; 23 de abril; 21 de abril de 2009; 29 de julio de 2002; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003. Especial atención merece el supuesto planteado por las clases pasivas militares resueltas por el Convenio firmado entre España y Marruecos de 13 de octubre de 1982 –art. 23 viudas saharauis–.

de la primera esposa (artículos 43 a 45), es además factible que antes de la celebración del primer matrimonio sea excluida una segunda o posteriores nupcias (artículo 40 *in fine*), o que de no ser excluida esta posibilidad sea motivo para la solicitud de divorcio por parte de la primera esposa por los perjuicios causados²⁵.

Esta situación, no sólo es extraña a nuestro Derecho, sino que es totalmente contraria al orden público²⁶, pues vulnera principios constitucionales tales como la igualdad entre los sexos y la dignidad de las personas. Sin embargo, esta situación tiene un reconocimiento, marginal, pero cierto, en el mecanismo para la reagrupación familiar del cónyuge en el Derecho español, porque el marroquí que reside regularmente en España que esté casado con más de una esposa disfruta del derecho a la reagrupación familiar con aquella de las esposas que él desea²⁷, a su libre elección, en lugar de habilitarlo, como sería lo correcto en orden a nuestro sistema jurídico, únicamente, con la primera de las esposas, pues los sucesivos vínculos son nulos en Derecho español.

De ahí que al contemplar la facultad de elección entre las diferentes esposas le está reconociendo un valor en pie de igualdad a todos estos matrimonios, considerando a todos como válidos, esto es, está aceptando la realidad jurídica de la poligamia, cuando según el impedimento de ligamen son nulas las segundas o posteriores nupcias.

En puridad, para nuestro Derecho, el que contrae matrimonio por segunda vez, sin haber disuelto el primer vínculo matrimonial, no puede decirse que haya adquirido el estado de casado con esa segunda esposa, por ello, siendo consecuentes, sólo debería poder reagrupar a la primera y única esposa según el Derecho español²⁸. En el momento de la reagrupación de la esposa que elija está obligado a realizar una declaración jurada de que no habita con él ya otra esposa²⁹, lo que no impide que otra de las esposas venga a vivir con él de

forma irregular. O que se produzca la boda en Marruecos con posterioridad y esta nueva esposa venga a vivir a nuestro Estados por otras vías distintas a la reagrupación familiar, esto es, existencia de propios recursos económicos que justifiquen la obtención de la autorización de residencia ajena a la reagrupación familiar, una demanda de trabajo, búsqueda de empleo, estudios, prácticas no remuneradas, servicios de voluntariado, investigación, profesional altamente cualificado o, simplemente, entrando como turista y vencido el plazo previsto permanecer de forma irregular.

También podría plantearse la hipótesis de que reagrupada una de las esposas y una vez en España se disuelva el vínculo –por muerte, declaración de fallecimiento o divorcio, en este último caso con las garantías legales previstas en el Derecho español para la ex-esposa³⁰ y sus descendientes– desde ese momento no parece que hubiera inconveniente legal en que una vez realizada la declaración jurada de no convivir en España con otra esposa pueda reagruparse a otra distinta de aquella con la que ya ha disuelto el vínculo.

La cuestión de la poligamia se afirma en muchas ocasiones que es más anecdótica que real, además de que el Derecho de familia marroquí ha incorporado, como hemos visto, importantes límites a la misma³¹, y algo de cierto tienen estas afirmaciones, pues los matrimonios polígamos en Marruecos no son tantos como parecen y no siempre agotan el límite de las esposas permitidas (cuatro), cuestiones, ambas, que no restan importancia al choque que esta institución supone para el ordenamiento español. Pero por encima de estos comentarios, la realidad es que cada vez con más frecuencia llegan a los Tribunales españoles cuestiones relacionadas con la poligamia, fruto del reparto de la pensión entre las diferentes esposas, residentes en España o el país de origen tras el fallecimiento del esposo marroquí –u otro Estado de régimen jurídico musulmán– trabajador en nuestro territorio³².



Otra cuestión que afecta a la capacidad para contraer matrimonio³³ es la figura de la *Wilaya*³⁴, la tutela, que es reconocida en la actualidad como un derecho de la mujer que ejercita libremente pero cuya sola presencia, aun cuando sólo sea opcional, denota una visión no igualitaria entre hombres y mujeres. Además de la autorización para los matrimonios de menores de edad³⁵, donde la aprobación de su representante legal es preceptiva³⁶, sin olvidar la tradición de los matrimonios concertados cuya práctica, qué duda cabe, es odiosa para nuestro Derecho, e invalidaría el matrimonio, de no estar conformes los contrayentes, por falta de consentimiento matrimonial, el problema es la prueba de la falta del mismo³⁷ lo que unido a la interiorización de las tradiciones, permite que matrimonios concertados puedan instalarse en nuestro Estado. Un freno a esta práctica podría deducirse de la actual elevación a 18 años de la edad necesaria para poder contraer matrimonio, unido al carácter voluntario de la *Wilaya*, cosa distinta es su eficacia real por la fuerza de la costumbre o el desconocimiento de la norma y las novedades por ella introducidas³⁸.

Volviendo al tema de los impedimentos, existen en Derecho marroquí impedimentos para el matrimonio catalogados como perpetuos y otros de carácter temporal.

En cuanto a los primeros, impiden la celebración del matrimonio en cualquier caso y están relacionados con el parentesco en diferentes grados, tanto por consanguinidad³⁹, afinidad⁴⁰ y lactancia⁴¹.

Los impedimentos temporales se enumeran en el artículo 39 *Mudawana*, entre los que destacaremos el impedimento por disparidad de culto⁴² que supondría una discriminación inaceptable en nuestro ordenamiento jurídico por cuestiones relacionadas con la no igualdad de trato entre hombres y mujeres y su conexión a la imposibi-

lidad de discriminación por motivos religiosos y la intromisión en la libertad religiosa. En atención a estas cuestiones que sitúan a esta figura como contraria al orden público español, el matrimonio que haya de celebrarse en nuestro territorio ha de hacerse respetando nuestro Derecho, de ahí que de acuerdo con la fórmula civil de matrimonio podría darse lugar, una vez más, a matrimonios que se han celebrado válidamente en España, por ejemplo, el que une a una mujer musulmana y a un español de religión católica que, sin embargo, no alcanzarían reconocimiento en el país vecino.

El Código de familia marroquí en su redacción dada en la última reforma de 2004, consciente del hecho de que un gran número de sus nacionales residen fuera del país, incorpora en su normativa preceptos de derecho de familia especialmente destinados para su aplicación a sus nacionales en el extranjero (artículos 14 y 15 *Mudawana*). En atención a lo prevenido por el art. 14, es posible celebrar el matrimonio de nacionales marroquíes de acuerdo con los *procedimientos administrativos* del país de acogida, siempre que cumplan los requisitos de consentimiento, capacidad, presencia del tutor matrimonial (*Wali*), cuando fuera necesaria, ausencia de impedimentos legales y de acuerdo sobre la supresión de la dote (*Sadaq*), todo ello en presencia de dos testigos musulmanes y sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 21 del presente Código y obtener así reconocimiento en Marruecos.

En el caso del Estado español y según lo ordenado en el artículo 59 del Código civil el consentimiento matrimonial podrá prestarse válidamente en la forma establecida en la Ley Islámica⁴³ y de acuerdo con su contenido, esto es, se admite una forma de celebración del matrimonio que no posibilita a la mujer musulmana casarse con un no musulmán y sí a un musulmán casarse con una mujer no musulmana de religión católica, *ad exemplum*. Situación que no sólo afecta a la disparidad de trato entre hombres y mu-

33

Artículo 19 *Mudawana* “El hombre y la mujer, en plenas facultades mentales, adquieren la capacidad matrimonial al cumplir dieciocho años”. Artículo 46.1 C.c. “No pueden contraer matrimonio: 1º Los menores de edad no emancipados”.

34

Artículos 24 y 25 *Mudawana* “La tutela matrimonial (*Wilaya*) es un derecho de la mujer. La mujer mayor de edad ejercerá dicho derecho conforme a su voluntad e intereses”. “La mujer mayor de edad podrá acordar por sí misma su matrimonio, o delegar, al respecto, en su padre o en algún pariente”.

35

Artículos 20, 21, 22 *Mudawana*. Artículo 48 párrafo segundo del Código civil.

36

Artículo 21, párrafo primero *Mudawana* “el matrimonio del menor se subordinará a la aprobación de su representante legal”.

37

Esta problemática se desprende de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de diciembre de 2005 en la que se debatía la oportunidad o no de la denegación del visado por reagrupación familiar efectuada por el Consulado General de España en Casablanca a una ciudadana marroquí, alegando la inexistencia del matrimonio por existir indicios de un matrimonio concertado. Finalmente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid da la razón al recurrente y anula la resolución que deniega el visado. La cuestión está en que el Abogado del Estado justificó la existencia del matrimonio concertado y, en consecuencia, la denegación del visado por reagrupación familiar, en un supuesto de fraude de ley, esto es, de matrimonio de conveniencia o complacencia, cuando la cuestión no está en la intencionalidad de un resultado antijurídico, definido en el artículo 6.4 C.c., sino en la existencia o no de consentimiento por parte de la esposa para la válida celebración del matrimonio, es en este asunto donde debió centrarse para justificar la denegación del visado, de ahí que el Fundamento de Derecho Tercero recoge que “el hecho de que el matrimonio se haya concertado tampoco priva de validez al mismo, en cuanto no es determinante de la falta de consentimiento de los cónyuges” y se falla el derecho de la esposa al visado por reagrupación familiar para acceder a España.

38

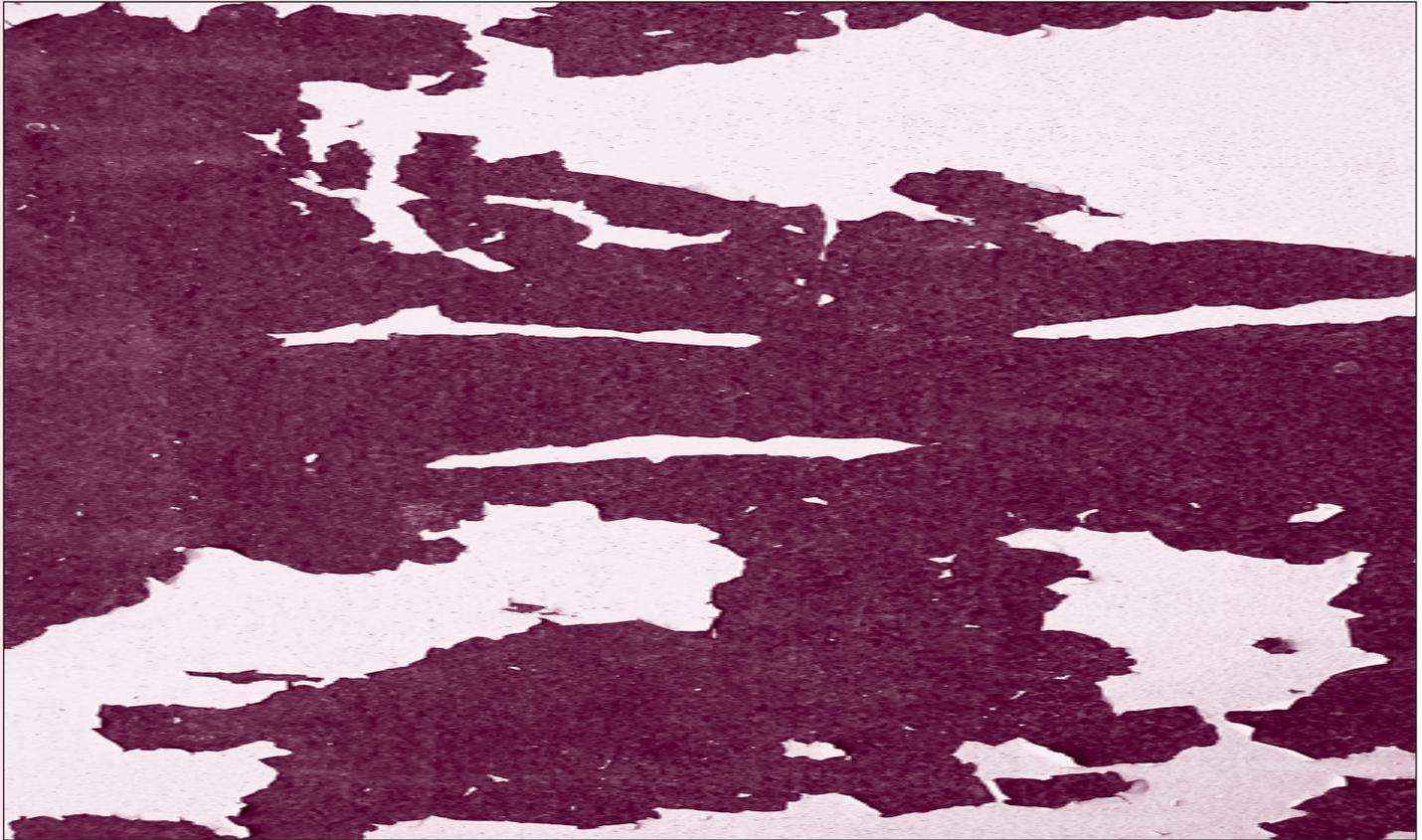
CERVILLA GARZÓN, M.D. y ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, op. cit., pp. 43-44.

39

Art. 36 *Mudawana* “Es nulo, por consanguinidad, el matrimonio entre el hombre y sus ascendientes o descendientes, las descendientes de sus ascendientes de primer grado, así como las descendientes de primer grado de cada ascendientes hasta el infinito”.

40

Artículo 37 *Mudawana* “Es nulo, por afinidad, el matrimonio del hombre con las ascendientes de su esposa desde la celebración del matrimonio y con las descendientes de ésta, en cualquier grado, siempre y cuando el matrimonio con la madre se haya consumado; con las anteriores mujeres de los ascendientes y descendientes desde la celebración del matrimonio”.


41

Artículo 38 *Mudawana* “La lactancia conlleva los mismos impedimentos que la filiación y la afinidad. Sólo el lactante es considerado hijo de la nodriza y su marido, con exclusión de sus hermanos y hermanas. La lactancia dirime el matrimonio celebrado durante los dos años anteriores al destete”.

42

Artículo 39 *Mudawana* “...Matrimonio de una musulmana con hombre no musulmán y el matrimonio de un musulmán con una mujer no musulmana, excepto si ella pertenece a alguna de las religiones del Libro (cristiana o judía)”.

43

Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del estado con la Comisión Islámica (BOE nº 272, de 12 de noviembre).

44

Artículo 63 Código civil. Artículo 7 Ley 26/1992.

45

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el Derecho Internacional Privado Español”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, nº 110, México, 2004, pp. 425-477.

46

Artículo 17.1.a) LOEx.

47

Según el punto segundo, letras b), c), d), del fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, son nulas las referencias hechas a la separación legal en el artículo 2, apartados a); c); d), el artículo 9, contenida en el enunciado del precepto, en el apartado 1, en el apartado 4 y en el apartado 4, a) y en el artículo 9.4.d).

eres en orden al matrimonio, sino que lleva aparejada otras desigualdades que se derivan de lo anterior, caso de la nacionalidad, la filiación... Para la validez de estos matrimonios y de los celebrados en cualquiera de las formas religiosas reconocidas por nuestro Estado, es preciso que el consentimiento se preste ante la autoridad religiosa competente y dos testigos mayores de edad. Los contrayentes han de cumplir los requisitos de capacidad exigidos conforme al Código civil, además de haber obtenido previamente un Certificado expedido por el Registro Civil de capacidad matrimonial y la posterior inscripción a la celebración del matrimonio en el Registro Civil⁴⁴. Queda ahora el reconocimiento de este matrimonio en el país de origen, para el que faltaría, además de su inscripción en Marruecos, algunos detalles, como la dote, que se determinaría al tiempo de su reconocimiento en Marruecos. Este trato que ofrece el Derecho español al matrimonio celebrado en la forma islámica, no es factible en países de nuestro entorno en los que sólo se reconocen los matrimonios celebra-

dos en la forma civil sin otorgarse validez ni eficacia a los matrimonios celebrados por rito religioso alguno⁴⁵.

Por último, haremos referencia a las situaciones de crisis matrimonial. La Ley Orgánica 4/2000 hace alusión, en atención a la reagrupación del cónyuge⁴⁶, a que éste no esté separado de hecho, de derecho, que el matrimonio no haya sido celebrado en fraude de ley, que no se haya divorciado o que el matrimonio haya sido declarado nulo. En el caso el RD 240/2007 y por virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010⁴⁷, sólo queda excluido del derecho a poder entrar y residir regularmente en España quienes estén divorciados o su matrimonio haya sido declarado nulo, esto es, por las causas de disolución y nulidad del matrimonio. Se genera así una considerable diferencia de trato en atención a la nacionalidad de la persona que resida en España y que desee reunirse con su cónyuge, nacional éste de un tercer Estado, por ejemplo, nacional de Marruecos.



En el primer caso se incorporan tantas trabas, algunas incomprensibles, como que se consiga probar por la Administración la separación de hecho, artículo 17.1.a) LOEx (dado que para iniciar el procedimiento para la reagrupación del cónyuge es preciso haber obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial⁴⁸), además de que el cónyuge reagrupable ha de estar fuera de España, requisitos que sólo se cumplen si la pareja ha estado separada por lo menos un año, separación de hecho, cuyo examen y valoración más allá de estos términos objetivos podría significar una

clara vulneración del derecho fundamental a la intimidad familiar.

Cosa distinta, y entendemos en el otro extremo, es pretender justificada la entrada y permanencia regular en España por reunificación familiar de un cónyuge del que se está separado legalmente, fruto de un procedimiento legal –judicial o no, de acuerdo con la legislación de cada Estado–. Situación inexplicable, porque en este caso sí que falta la base del ejercicio del procedimiento de unificación familiar que es el derecho a la vida en familia, derecho que no parece estar presente cuando los cónyuges están previamente se-

parados formalmente, salvo que exista un proceso de reconciliación *a posteriori*, también formal, que deje sin efecto la anterior separación legal y justifique la existencia del ejercicio del derecho a la vida en familia. Cuestión no menos compleja es saber quién permanece aún casado o si se ha roto ya su vínculo matrimonial o cómo se llega a esta situación o cuáles sean sus consecuencias y la situación en la que queda el ex cónyuge, pues no hay coincidencias claras entre uno y otro Derecho⁴⁹.

Una prueba de lo anterior, es que tras la reforma del Derecho de familia marroquí se sigue conservando la



48

Artículo 17.1.a) LOEx.

49

QUINONES ESCÁMEZ, A., “La disolución del matrimonio”, en AAVV, *Matrimonio y divorcio en las relaciones Hispano-Marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado Marroquí*. Volumen I, FIIAPP, Madrid, 2009, pp. 101-223.

50

CERVILLA GARZÓN, M.D. y ZURITA MARTÍN, I. *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español, op. cit.*, pp. 57 y ss.

51

Sobre esta particular exigencia reflexionan las sentencias de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de marzo de 2009 y de 11 de diciembre; 30 de octubre de 2008.

52

Arts. 142, 143, 144, 145 *Mudawana*. La filiación se establece mediante la procreación del hijo. Puede ser legítima o ilegítima. La filiación respecto al padre y a la madre se considerará legítima salvo prueba al contrario. La filiación respecto al padre será cuando concorra uno de los motivos de filiación paterna y producirá sus mismos efectos legales. En el momento de establecerse la filiación del hijo de origen desconocido, bien por reconocimiento de paternidad o bien por sentencia judicial, aquél será considerado legítimo y seguirá a su padre en el parentesco y en su religión. Heredarán mutuamente el uno del otro, el establecimiento de la filiación conllevará los impedimentos matrimoniales y generarán derechos y deberes paterno-filiales.

53

Artículo 39.2 CE.

54

Artículo 148 *Mudawana* “La filiación ilegítima no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima respecto al padre” Artículo 150 *Mudawana* “La filiación paterna es el vínculo legítimo que une al padre con su hijo y que se transmite de padre a hijo”.

55

CERVILLA GARZÓN, M.D. y ZURITA MARTÍN, I. *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español, op. cit.*, pp. 123-125.

56

Artículo 146 *Mudawana*.

57

Artículo 164 *Mudawana* “La guarda y custodia del menor recaerá sobre el padre y la madre mientras exista un vínculo conyugal”.

58

Artículo 175 *Mudawana*.

59

Artículo 178 *Mudawana*.

60

Artículo 149 *Mudawana* “La adopción (Attabani) no tiene valor jurídico y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima. La llamada adopción compensatoria (*Jaza*) o testamentaria (*Tanzil*), por la que una persona se sitúa al mismo nivel que un heredero de primer grado, no genera ningún parentesco y se atendrá a las normas del testamento (*Wassiyah*)”.

61

Dahir N° 1-02-172 de I Rabii il 1423 (13 de junio de 2002) por el que se promulga la Ley N°15-01 relativa al acogimiento familiar (la *Kafala*) de los menores abandonados.

figura del repudio, aún cuando se intenta compensar su presencia con su judicialización, con la necesidad del pago de un montante económico a la mujer y con la tímida inclusión de otras modalidades de disolución que da cabida a su solicitud por parte de la mujer (arts. 97, 99, 100, 101) o al mutuo acuerdo de los esposos (art. 114). Sin perjuicios de otras fórmulas ajenas a nuestro Derecho en atención a la naturaleza jurídica contractual de la que disfruta el matrimonio en el Derecho marroquí (arts. 61, 63, 64). A la vista de lo anterior, cabe hacer una llamada de atención ante el hecho de que sólo el esposo es quien puede (por el mantenimiento del repudio) poner fin al matrimonio unilateralmente y sin necesidad de causa, y únicamente con el límite del pago de una cantidad a la esposa (arts. 78, 79), sin perjuicio de la capacidad también unilateral para revocar esta situación⁶⁰.

En contraste con esta realidad, la legislación de extranjería española requiere que para reagrupar a un cónyuge, si éste lo es de segundas o posteriores nupcias, se pruebe que se ha seguido un procedimiento jurídico por el que ha quedado fijada la situación en la que queda el anterior cónyuge, los/as hijos/as habidos con éste en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los/as hijos/as menores, o mayores en situación de dependencia⁶¹. Esto no lo podemos encontrar exactamente así en el derecho marroquí, lo que no ha de hacerlos pensar que la disolución del matrimonio queda exenta de consecuencias personales y patrimoniales, pero éstas son tan diversas y dispares como situaciones hemos visto en la disolución del matrimonio, por ejemplo, en el repudio, siempre del hombre a la mujer, lo que podría plantear trabas para que la mujer marroquí que ha visto disuelto su vínculo matrimonial por el repudio de su esposo y que luego contrae nuevo matrimonio, cuando se traslade a residir en España y solicite la reagrupación de

su esposo en segundas o posteriores nupcias encuentre una respuesta negativa porque la disolución de su primer vínculo matrimonial, hecha de acuerdo con el Derecho marroquí puede no cumplir, sin embargo, con las exigencias previstas en el artículo 17.1.a) LOEx.

Cuestión no menos compleja, pero que por excederse del tema de nuestra reflexión sólo apuntaremos, es en la que quedan los/as hijos/as en la concepción de la familia en el Derecho marroquí.

En primer lugar, se mantiene la distinción entre hijos/as legítimos e ilegítimos⁵², lo que incorpora una discriminación inaceptable en nuestro Derecho en atención al origen⁵³ y nacimiento, contraria además con el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE.

Por otra parte la situación de los/as hijos/as ilegítimos respecto a los padres no supone un *status* inferior, entendido como de peor derecho frente a los/as hijos/as matrimoniales, sino que se sostiene la no derivación de efectos de esta filiación⁵⁴, la inexistencia o la negación misma de la filiación⁵⁵. Cuestión distinta es cuando se trata de determinar la filiación respecto de la madre, en cuyo caso no se pierde el vínculo por ser un hijo habido fuera del matrimonio⁵⁶. Para el caso de los/as hijos/as matrimoniales –legítimos– la tutela corresponde a ambos progenitores⁵⁷, si bien esta igualdad se quiebra cuando se produce el fin del matrimonio, en cuyo caso la tutela corresponde al padre y el cuidado a la madre, siempre que ésta no contraiga nuevo matrimonio⁵⁸ o cambie de domicilio⁵⁹. También es distinta la situación de los/as hijos/as adoptados, pues esta institución tal y como la entendemos en España no existe en el Derecho marroquí⁶⁰, cuyo paralelo más próximo se sitúa en la figura de la *Kafala*⁶¹. Por último, se reconoce el derecho de los hijos/as, varones, a heredar el doble en la herencia paterna que sus hermanas.

A photograph of a scarecrow in a field. The scarecrow is made of straw and is wearing a red hat and a red long-sleeved shirt. It is standing in a field of dry grass. In the background, there are several trees and a cloudy sky. The overall color palette is muted, with a lot of greys and browns, and a touch of red from the scarecrow's clothing.

**La titularidad compartida:
un derecho de la mujer rural**



RESUMEN

Si la mujer en el ámbito del empleo ha sufrido importantes discriminaciones, esta realidad se acrecienta en el mundo rural. Gran parte de las explotaciones agrarias son empresas familiares donde desarrollan sus labores tanto el hombre como la mujer. Sin embargo, son ellos quienes aparecen como titulares de dichas explotaciones y, por tanto, como beneficiarios de los derechos inherentes a ellas. De esta forma, aunque frecuentemente las mujeres trabajan igual que sus cónyuges o parejas, no se les reconoce esta actividad ni a efectos civiles, ni sociales. Así, se acrecienta las consecuencias de lo que ha sido denominado como la invisibilidad de las mujeres rurales que colaboran en el sector agrario. Aunque en la actualidad se les reconocen algunas prerrogativas a través de la titularidad compartida de las explotaciones, no obstante, es preciso que se sigan ampliando y aclarando el estatus de estas mujeres con el objeto de permitir que accedan a los beneficios propios del trabajo que realizan.

Palabras clave: titularidad compartida, mujer rural, Régimen agrario de la Seguridad Social, explotaciones agrarias.

ABSTRACT

If women have suffered substantial discrimination in employment, this situation is increasing in rural areas. The most of the farms are family businesses where both men and women work. However, in several times only men appear as owners of these farms. Thus, although women often work together with their spouses or partners, nobody recognizes their activity. This situation increases the consequences of what has been called the invisibility of rural women. Nevertheless, currently some rights are recognized through shared ownership of farms, however, it is necessary to continue expanding and clarifying the status of these women in order to allow access to the benefits of their labor.

Key words: shared ownership, rural women, agricultural social security, farms.

POR EVA M. BLÁZQUEZ AGUDO.

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III. Madrid.



ESTADO DE LA CUESTIÓN

La mujer siempre ha trabajado atendiendo a su familia, aunque sin remuneración a cambio. Posteriormente, sin dejar de realizar estas actividades, se ha ido incorporando paulatinamente al mercado de trabajo, donde siempre ha reivindicado una igualdad efectiva, que en ocasiones ha sido más teórica que práctica.

En el ámbito europeo, el artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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), donde se señala que “no se

ejercerá discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, tanto en el sector público como en el privado, en relación con las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, y en la promoción; en el acceso a la orientación y formación profesional en las propias condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido; la participación en la organización de trabajadores o empresarios”.

El artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad, prohibiendo la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que en materia laboral es recogido

en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores. Más recientemente estos derechos, asimismo, se reconocen en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectividad de Mujeres y Hombres (a partir de ahora LOIMH), la cual ya en su Exposición de Motivos anuncia la necesidad de establecer políticas activas que hagan efectivo el principio de igualdad, apuntando la importancia de las acciones en el ámbito laboral. En concreto, en el art. 5 proclama la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo.

Si se centra esta cuestión en el mundo rural, la realidad descrita se hace más patente. Las mujeres rurales siguen, en muchas ocasiones, haciéndose cargo de las tareas del hogar y del cuida-



do de los/as hijos/as, pero, además, ayudan en la explotación agraria, sin contraprestación a cambio¹. En concreto, el perfil de la mujer rural que colabora en las actividades agrarias es una mujer casada, con dos o tres hijos/as, aproximadamente 50 años, la cual dedica ocho horas diarias al trabajo doméstico y cinco horas a la actividad profesional². En la mayoría de los supuestos lo hacen como mano de obra familiar, mientras que en menor proporción se integran como titulares o como asalariadas³.

En resumen, una gran parte de las explotaciones agrarias son empresas familiares donde desarrollan actividad laboral tanto el hombre como la mujer. No obstante, aunque frecuentemente trabajan tanto el hombre como la mujer en las explotaciones agrarias familiares, en muchas ocasiones sólo este último aparece como sujeto activo⁴.

Esta realidad descrita lleva a lo que se ha denominado como la invisibilidad de las mujeres rurales que colaboran en el sector agrario, lo que hace muy complicado la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en el mercado laboral, dado que ellas no aparecen ni siquiera como sujetos de las relaciones laborales. En definitiva, es muy difícil luchar contra la discriminación que sufren, teniendo en cuenta que sus actividades laborales frecuentemente ni siquiera se conocen.

Obviamente esta situación requiere un tratamiento jurídico que propicie que las actividades de las mujeres rurales en el sector agrario salgan a la luz. Dicho en otras palabras, debe establecerse una regulación adecuada lo antes posible para propiciar la visibilidad de estas mujeres. Pero, en todo caso, no hay que olvidar que las normas aplicables deben evitar en lo posible el aumento de costes en las explotaciones agrarias. Dichas explotaciones frecuentemente apenas se mantienen y aportan medios económicos para la subsistencia de las familias, de esta forma, si los gastos generados por las reglas que traten de

poner en evidencia el trabajo femenino son tan excesivos que hacen peligrar la sostenibilidad del negocio familiar, seguramente su efectividad será escasa. Valga como ejemplo suponer que si, dadas las circunstancias económicas existentes, se impone la obligación de asumir el pago de dos cuotas mensuales al sistema de la Seguridad Social a explotaciones de escasa dimensión, es de suponer que será casi imposible alcanzar la igualdad en la actividad femenina. Con estas cautelas se entra en el análisis de este asunto.

LA SITUACIÓN DE LA TITULARIDAD DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS

Se entiende por titular de una explotación agraria a la persona física o jurídica, que actúa con libertad y autonomía, asume riesgo de explotación y la dirige por sí misma o mediante otra persona.

La titularidad de las explotaciones agrarias puede ser individual, de una sociedad o compartida. En el primer caso, en la individual, una única persona física se hace cargo de la gestión y riesgo económico de las explotaciones. En el supuesto de las societarias, la titular es una persona jurídica, donde varios socios se rigen por unos estatutos propios. Ejemplo de ellas son las sociedades agrarias de transformación o las cooperativas de trabajo. Por último, en la titularidad compartida, los cotitulares comparten el derecho de uso y disfrute, así como los riesgos intrínsecos a la administración. Cualquiera de estas dos opciones podría ser elegida por los cónyuges o parejas de hecho que compartan el trabajo agrario con el objeto de que quedara patente el trabajo de la mujer.

Hay que tener en cuenta que cuando el titular de una explotación agraria no es una sociedad o agrupación (persona jurídica), con independencia de que dos o más personas compartan la titularidad, se hace constar a una de ellas⁵. Para facilitar esta cuestión se han regulado unas normas sobre la preferencia de elección entre

1

Hay que recordar que las características del empleo en el mundo rural tiene unas características peculiares como son la menor tasa de actividad femenina, la minoría femenina en la toma de decisiones, el éxodo hacia la ciudad, las dificultades en la conciliación, las organizaciones familiares de subsistencia económica y, por último, la especial masculinización y envejecimiento de la población. FUENTE: Informe del Parlamento Europeo sobre la situación mujer en zona rural (2008).

2

FUENTE: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, *La mujer en la agricultura*, Luxemburgo, 2002.

3

El 46,7% trabajan como mano de obra, el 17,84% como asalariadas y solo el 2,81% como titulares de explotación agraria. FUENTES: INE 2007.

4

En el Anteproyecto de Ley sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias de marzo de 2011 señala que en la actualidad un 71,2% de los titulares son hombres.

5

El anteproyecto de Ley sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias establece que se ofrecen tres fórmulas de cotitularidad. La primera posibilidad consiste en la constitución de una sociedad de responsabilidad. También es posible organizarse a través de una sociedad de responsabilidad limitada. O, si se prefiere, mediante la creación de una unidad económica sin personalidad jurídica que se inscribirá en el registro correspondiente.



ellas, de forma que se elige, en primer lugar, quién dirige la explotación o tiene mayor participación en su gestión; en segundo, quién tiene mayor participación en las responsabilidades financieras y económicas; y, por último, la persona de mayor edad. En la mayoría de las ocasiones, cuando quien son titulares son los cónyuges o pareja de hecho suele ser el hombre quien aparece como titular, siendo necesario que se fomente la titularidad compartida o, en su caso, formas societarias adecuadas para que también afloré la participación femenina en la gestión y responsabilidad de la actividad.

Para complementar esta visión sumaria sobre la titularidad de las explotaciones agrarias con el objeto de conocer la situación de partida, hay que mencionar el concepto de explotación prioritaria⁶. Para obtener esta calificación es necesario cumplir una serie de requisitos: posibilitar la ocupación de al menos una unidad de trabajo agrario y obtener una renta unitaria de trabajo entre el 35 y 120% del IPREM, así como acreditar un nivel de capacitación agraria suficiente, encontrarse en alta en la Seguridad Social y tener entre 18 y 65 años. Son subtipos de esta modalidad las que cuentan con un agricultor joven, las comunidades hereditarias que se comprometen a permanecer indiviso durante algún tiempo y las que existe una cotitularidad conyugal (sólo se menciona a los unidos por matrimonio, no otra relación similar). Las explotaciones prioritarias obtienen beneficios más importantes que el resto de las explotaciones. Sería importante promocionar estas últimas para fomentar el aumento de las titularidades compartidas con el fin que se está reivindicando en este documento.

LOS BENEFICIOS ACTUALES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 7.6. de la Ley de la Seguridad Social señala que no se protegerá dentro del ámbito subjetivo

del sistema a quienes realicen trabajos marginales que no aporten medios fundamentales de vida de acuerdo con la duración de la jornada y/o del salario. De esta forma, muchas mujeres que colaboran en las explotaciones agrarias quedarían fuera del auxilio de la Seguridad Social de acuerdo con este precepto, cuando realizan actividades de ayuda familiar. Sin embargo, como ya se señaló, la media del tiempo dedicado a estas labores son cinco horas diarias que en ningún caso puede entenderse como algo secundario. Por otra parte, en cuanto a la remuneración, normalmente no es independiente, sino que las ganancias obtenidas se emplean en la subsistencia del grupo familiar.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, hay que deducir que en muchos supuestos las mujeres que colaboran en el sector agrario en las explotaciones familiares no siempre realizan una actividad marginal y, sin embargo, en muchas ocasiones no se visualiza este trabajo a los efectos de incluirlas en el ámbito de protección social. Lo adecuado sería incluirlas en el régimen especial de autónomos (en adelante, RETA), como a continuación se analizará.

La Ley 18/2007, de 4 de julio, procede a la integración de los trabajadores/as por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el RETA, conservando ciertas normas peculiares, formando un sistema especial (SETA). Se exige para su inclusión que ejerza la actividad por cuenta propia (que se trate de titulares de explotaciones agrarias con ingresos anuales netos inferiores al 75%, en cómputo anual de la Base Cotización máxima de Régimen General); que sea su medio fundamental de vida, esto es, que le aporte más de la mitad de las retribuciones del trabajo efectuado; y que se trate de una labor agrícola, forestal o pecuaria. Por otro lado, la actividad deberá realizarse de forma habitual, personal y directa; a título lucrativo; y sin sujeción a contrato de trabajo. Se podrán emplear tra-

bajadores/as por cuenta ajena, aunque siempre con ciertos límites: máximo dos empleados/as fijos o temporales con jornadas inferiores a 546 anuales.

Además, le es aplicable este Régimen a los cónyuges de los titulares de las explotaciones agrarias que desarrollen su actividad en ellas, así como otros parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado. Se exige tener más de 18 años y el desarrollo de la labor agraria de forma personal y directa. En este supuesto se encuentran la mayoría de las mujeres que desarrollan su tarea en la explotación familiar junto a su cónyuge o pareja de hecho. Su fundamente se encuentra en la existencia de una comunidad de bienes.

Teniendo en cuenta los gastos que puede provocar en la explotación familiar el hecho de tener que asumir el pago de las cuotas de la Seguridad Social de dos o más de sus miembros, en la misma norma se ha incluido una reducción de la contribución de ciertos familiares del titular de la explotación agraria. Los requisitos para obtener dicho requisito son tener menos de 40 años en el momento de su incorporación al sistema y ser cónyuges o descendientes del titular de la explotación agraria, siempre que éste se encuentre en alta en el SETA.

En concreto, la reducción de la cuota consiste en un 30% del total que resulta de aplicar un tipo del 18,75% a la base mínima de cotización por contingencias comunes durante cinco años a contar desde el momento en que se inició la obligación de cotizar. En algunas Comunidades Autónomas se complementa este beneficio. Así, por ejemplo en Castilla-La Mancha, en Extremadura y Galicia, se concede un 20% más a las mujeres cotitulares hasta los 40 años y un 50% desde los 41 a los 45 para igualarlas a las anteriores, ya que en esa edad no tienen ninguna protección asignada.



Sin embargo, la reducción de la cuota, aunque siempre bienvenida, no es suficiente para fomentar la visibilidad del trabajo de las mujeres en las explotaciones agrarias. Por varios motivos.

En primer lugar, no se aplica en general más que a familiares hasta los 40 años, y ya se ha comentado que la media de edad de la mujer que está colaborando en el negocio familiar es de 50 años, de modo que es fácil concluir que muchas de ellas quedarán fuera de la protección.

Por otro lado, la duración es limitada a cinco años y sólo a contar desde el momento en que se inició la obligación de cotizar, con lo cual quedará fuera las mujeres que ya llevaban algún tiempo dentro del ámbito de la protección de la Seguridad Social. De modo que pasado este tiempo, puede fomentar la vuelta a la invisibilidad del trabajo.

En todo caso, la cuantía reducida no es lo suficientemente importante para fomentar la titularidad compartida, dado que seguramente el coste que deba seguir pagándose va a seguir siendo gravoso para las explotaciones agrarias familiares de subsistencia.

Para cerrar este epígrafe, hay que poner en evidencia que en la mayoría de los casos cuando el hombre y la mujer trabajan en la explotación agraria, y no pueden asumirse los gastos relacionados con dos cuotas de la Seguridad Social, se opta por la del hombre. Por otra parte, en la mayoría de las ocasiones para reducir gastos no se va a incluir en la protección ni la incapacidad temporal, ni las contingencias profesionales, dado que ambas protecciones son opcionales para el beneficiario del SETA. De esta forma, principalmente se estará protegiendo frente al riesgo de la vejez, esto es, se cotizará para obtener la pensión de jubilación en un futuro.

De esta forma, teniendo en cuenta los parámetros demográficos, ocu-

6

Artículo 4 de la Ley 1/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.



rrirá en muchas ocasiones que el hombre percibirá la pensión de jubilación con la que se asumirá todos los gastos familiares al llegar a cierta edad y, cuando fallezca normalmente antes que la mujer, ésta recibirá la pensión de viudedad en cuantía bastante más reducida que la primera. Es esta realidad la que provoca la pobreza femenina de las mujeres más mayores, las de más de 65 años que viven en hogares unipersonales. Si se tiene en cuenta la mayor longevidad de las mujeres, parece que lo inteligente a la hora de planificar la economía familiar del futuro, si se opta por sólo asumir una cuota de la Seguridad Social, sea abonar la de la mujer, de modo que se asegure la pensión de jubilación para el grupo familiar muchos años más.

BENEFICIOS DIRECTOS RELATIVOS A LA TITULARIDAD COMPARTIDA

Desde diferentes instrumentos se está poniendo de manifiesto la necesidad de establecer instrumentos que pongan en evidencien la actividad laboral que están realizando las mujeres en el sector agrario. En este punto, se van a tratar de recoger los preceptos que se han ocupado hasta ahora de esta cuestión con el fin de desembocar en el siguiente que abordará la demanda de nuevas modificaciones que se entienden necesarias para resolver el asunto que aquí se plantea.

Desde la propia UE se ha propiciado el cambio de las legislaciones nacionales con objeto de colaborar en la visibilidad del trabajo que desarrollan las mujeres rurales. Así, en concreto, éste es el objetivo de la iniciativa comunitaria NOW. Por otro lado, la Directiva 86/613, de 11 de diciembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, ha incluido las actividades agrarias en su protección, poniendo en evidencia la necesidad de dotar a las mujeres incluidas en su ámbito de un

Estatuto profesional de la agricultora⁷.

Ya en el ámbito nacional, la LOIMH, teniendo en cuenta la realidad existente, dentro del Título denominado como acción administrativa para la igualdad incluye en su artículo 30, la necesidad de desarrollar la figura jurídica de la titularidad compartida. Su función es el reconocimiento pleno de los derechos de las mujeres en el sector agrario, que principalmente significa el reconocimiento de su actividad laboral y la protección de la Seguridad Social.

En esta línea, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, recoge igualmente esta necesidad. Su filosofía se basa en establecer una política completa dirigida al desarrollo y mejora del medio rural, como tienen desarrollada otros países de la UE. Sus objetivos son

■ la ampliación de su base económica y la mejora de su nivel y bienestar;

■ el fomento de la actividad económica continuada y diversificada;

■ así como la creación y mantenimiento de empleo a través de la promoción de la creación de empresas y del autoempleo, del mantenimiento de puestos de trabajo en sectores significativos y el fomento de nuevos en sectores emergentes, la puesta en marcha de políticas de fomento contra la temporalidad y de programas de formación empleo.

Pero, entre todos estos fines, lo que aquí interesa en la perspectiva de género, es la promoción de la protección social de la mujer rural a través de su apoyo y asesoramiento.

En el artículo 8 de esta norma se recoge la necesidad de respetar el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el mundo rural. Para la consecución de esta realidad se deja

abierta la posibilidad de emprender acciones positiva a favor de dichas mujeres con el objeto de evitar dichas discriminaciones. Para finalizar en su Disposición Final Cuarta se recoge de nuevo el mandato de la LOIMH sobre la promoción y desarrollo del régimen de cotitularidad de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social.

El RD 29/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias, que trata de recoger uno de los principales mandatos de la LOIMH y la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural. El objetivo principal de la norma, como no podía ser otro, es la promoción del reconocimiento del trabajo realizado por las mujeres en las explotaciones agrarias, reivindicado en este estudio.

Por titularidad compartida de una explotación agraria, entiende la norma, aquella en la que cooperan tanto la mujer como su cónyuge o persona ligada a ella con una relación de análoga afectividad⁸. Se promueve un registro, que depende de las Comunidades Autónomas, con efectos administrativos⁹. El propio Real Decreto se preocupa de aclarar que dicho registro no tendrá efectos ni civiles, ni mercantiles.

En concreto, los efectos de la cotitularidad será que las ayudas, pagos, derechos de producción, cuotas u otras medidas de efecto equivalente que correspondan al titular de explotación se atribuirán de forma conjunta a ambos cónyuges o miembros de la pareja de hecho, para lo cual deberá señalarse una cuenta conjunta para hacer efectivos dichos ingresos. De esta forma, parece que cualquiera de ellos podrá gestionar estas medidas sin la necesidad de que se encuentre autorizado por el otro.

El RD recoge determinados incentivos a la titularidad compartida. Son la posibilidad de establecer ayu-



7

Recientemente, el pasado 14 de abril de 2011, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha aprobado un informe sobre la necesidad de promover la mejora de la situación de las mujeres rurales en la Unión Europea. Se recomienda la reforma legislativa en esta materia y, además, se indica que hay que conseguir los objetivos recogidos en la Directiva de 1986, que 25 años después, aún no han sido alcanzados.

8

No existen estudios efectivos donde se concrete el número de mujeres que pueden verse afectadas positivamente por la creación y puesta en marcha de la figura de la titularidad compartida, pero se estima que pueden ser más de 100.000 mujeres.

9

Se ha reivindicado que la creación de los registros de la titularidad compartida en las CC.AA. ha sido un proceso muy lento, que aún no ha concluido, de forma que se ha ralentizado la puesta en marcha de las medidas sobre la titularidad compartida reconocidas en la norma analizada.

das públicas, subvenciones, preferencias en apoyos y otras medidas incentivadoras para promover el acceso y permanencia de las mujeres en esta situación. Además, se recuerda la posibilidad de beneficiarse de las reducciones de cuotas en la cotización a la Seguridad Social que ya se recogió por la Ley 18/2007, analizada con anterioridad. La única variación al respecto es el reconocimiento del mismo beneficio, hasta ahora sólo accesible para los cónyuges, a las parejas de hecho.

NUEVAS DEMANDAS SOBRE LA TITULARIDAD COMPARTIDA

Obviamente la regulación actual de la titularidad compartida tiene efectos muy limitados. Sólo tiene ciertas consecuencias en el ámbito administrativo. Como el propio RD 297/2009 reconoce, se trata de una primera medida destinada a dar cumplimiento al mandato de promoción y desarrollo de la titularidad compartida de explotaciones, que debe completarse con



leyes civiles, mercantiles, fiscales o laborales. En definitiva, se trataría de propiciar el reconocimiento jurídico, económico y social del trabajo de las mujeres en las explotaciones agrarias de carácter familiar.

Varias son las propuestas que aquí se van a presentar con el fin de promover el reconocimiento de ese trabajo de las mujeres en las explotaciones agrarias, partiendo de la situación social y jurídica que aquí se ha presentado. En todo caso, de nuevo hay que poner de manifiesto que en este contexto no se va a perder de vista el hecho de que el encarecimiento de los costes de las explotaciones agrarias puede llevar al fracaso de las medidas propuestas.

Por otro lado, otra cuestión a tener en cuenta es que hay que regular

convenientemente los efectos del registro de la titularidad compartida, para que de ningún modo su reconocimiento lleve a entender que anteriormente había una situación de hecho, que debe ser sancionada. Dicho en otras palabras, sin que se considere que con anterioridad se estaba trabajando eludiendo los efectos fiscales y de contribución a la Seguridad Social, ya que esto sería un impedimento para el reconocimiento de la actividad laboral de la mujer y anularía totalmente los efectos positivos de todas las medidas que se plateasen. En todo caso, dicho registro no podrá provocar ningún perjuicio a la explotación agraria y se entenderá que hasta ese momento no ha existido ninguna labor de colaboración por parte de

la persona que ahora se declara cotitular.

1

Sobre la coordinación adecuada de las Administraciones públicas

El primer punto importante para garantizar el éxito de las medidas de fomento de la titularidad compartida es la coordinación entre las distintas Administraciones implicadas, tanto desde el punto de vista de las materias que tratan como desde el territorio donde se desarrollan. Así, como hay varios Ministerios implicados (Medio Ambiente y medio

10

En este sentido, el Anteproyecto de Ley sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias ha sido fruto del trabajo presentado por varios ministerios implicados.



Rural y Marino, Políticas Sociales, Economía y Hacienda, Trabajo e Inmigración, e incluso Justicia), es fundamental que se organice un grupo de trabajo entre todos ellos para el establecimiento y vigilancia de las medidas necesarias. Sobre todo es fundamental evitar la duplicidad de las medidas que sólo implican gastos y no soluciones¹⁰.

También es necesaria la coordinación de las administraciones territoriales (ámbito nacional y autonómico), lo que ya se ha puesto en evidencia en la regulación del registro sobre la titularidad compartida. Pero, se entiende fundamental reivindicar la actuación municipal en este asunto. Es importante que desde el Ayuntamiento, que conoce directamente las necesidades del mundo rural, se informe a los ciudadanos de la realidad de la titularidad compartida, incluso de forma personal cuando se tenga conocimiento directo de las situaciones.

En este ámbito municipal podría crearse un organismo de carácter consultivo, formado sobre estos temas, que pudiese interpretar y dirimir sobre las cuestiones relativas a la titularidad compartida y que realizase funciones de información en la zona de su influencia. Podría tratarse de una institución conformada entre uno y tres miembros, dependiendo de la población del municipio, que en caso de ser pequeño podría organizarse entre varios de ellos. Con el objeto de ahorrar gasto, podrían participar los propios trabajadores/as de los organismos municipales, percibiendo un incentivo económico por su intervención.

2

Sobre el reconocimiento, permanencia y extinción de la titularidad compartida

En el RD sobre la titularidad compartida no se clarifica la forma en que debe realizarse su registro. Queda claro desde su tenor literal que es voluntario, pero no se añade ningún otro requisito.

Parece que si es el hombre quien aparece como titular hasta ese momento de la explotación agraria, será él quien deberá declarar que ahora es compartida. Por otro lado, surgen dudas sobre las formas de extinción: ¿puede cualquiera de las partes declarar la finalización de la titularidad compartida?

Hay razones para defender que la única forma de fomentar que se inscriba la titularidad compartida es el ofrecimiento de incentivos lo suficientemente importantes como para que se animen a hacerlo. Lo mismo ocurrirá para evitar la extinción. Y esta finalidad pasa por establecer acciones positivas a favor de la mujer, a las que luego se hará referencia.

Respecto a la inscripción de la titularidad compartida, debería poderse realizarse siempre que una de las partes demuestre la existencia del trabajo no reconocido. Así, parece fundamental que las mujeres que realizan actividades laborales en las explotaciones, puedan promover el registro de esta situación con cualquier medio de prueba de los admitidos en derecho.

Para evitar la extinción de la titularidad compartida debería obligarse a las partes a acudir conjuntamente al registro a solicitar la baja, sin que pueda hacerlo una de ellas de forma independiente. Podría informarse en ese momento de los efectos que trae esa opción y los beneficios que se van a perder, obviamente siempre que se regulen de forma adecuada. De este modo, se evitará en parte que sea el hombre quien tome la decisión sobre dicha extinción.

En cualquier caso, si no hubiese acuerdo entre las partes tanto para el registro de la titularidad como para su permanencia habría que someter la cuestión a la comisión municipal encargada del asunto, que actuaría como mediador en el conflicto, esto es, acercaría las posturas de las partes, informando de los beneficios que podría aportar la titularidad compartida y siempre asesorando a la mujer sobre la nece-

sidad del reconocimiento de su trabajo. En el caso de que no se llegase a una avenencia, siendo obligatoria la conciliación previa a través de la institución anteriormente descrita, será preciso establecer cauces judiciales que resuelvan la controversia. Es fundamental que esta posibilidad se admita sin gastos a las partes (sin necesidad de la utilización de procuradores y letrados) y agilizando los plazos.

Por último, mencionar que deberían ampliarse las actividades realizadas por las mujeres en la explotación agraria que dieran lugar a la titularidad compartida. Así, además de las propias relacionadas con la agricultura y la ganadería, deberían incluirse otras complementarias, como por ejemplo de gestión, siempre que directamente tengan relación con dicha explotación agraria.

3

Sobre los efectos de la titularidad compartida en el Derecho Civil

Como se menciona en el RD 297/2009, el registro de la titularidad compartida tiene meros efectos administrativos y no afecta a la titularidad civil de las explotaciones, salvo que los cotitulares sigan las normas civiles y mercantiles de ámbito general y se inscriban en dicho régimen en el Registro de la Propiedad.

La desprotección de la mujer en la situación descrita puede darse en dos supuestos concretos: en caso de separación, divorcio o extinción de la relación de pareja, así como en el supuesto del fallecimiento del titular principal de la explotación agraria. La solución pasa por la interpretación judicial sobre si la explotación es un bien ganancial, donde se reparten los derechos, o privativo de uno sólo de los titulares en cada uno de los supuestos particulares.

Se propone la clarificación de estas cuestiones. Se entiende que si ambos cónyuges o miembros de la pareja están trabajando en la explotación agraria, lo que queda demostrado



con el registro de la titularidad compartida, y ocurre alguno de los anteriores hechos, con independencia de la titularidad de las tierras y de los instrumentos de trabajo, debe protegerse a ambas partes con el objeto de garantizar la continuación de su trabajo¹¹.

Así, se propone el reconocimiento de ciertos beneficios en el supuesto de extinción de la relación conyugal o de pareja que tengan registrada la titularidad compartida, que signifique o bien la posibilidad de continuar en la explotación, o bien el pago de una indemnización compensadora por la finalización de su labor. En este caso, igualmente puede ser importante la mediación de la agrupación municipal con el objeto de encontrar una solución entre las partes, antes de llegar al enfrentamiento judicial.

Más complicaciones pueden encontrarse en el supuesto del fallecimiento, cuando la titularidad de los medios e instrumentos de trabajo sean recibidos por otros herederos/as. Aquí debería regularse el usufructo sobre la explotación agraria a favor de los cotitulares con el objeto de continuar su actividad. En todo caso, sería fundamental que se realizaran campañas informativas adecuadas con el fin de que los titulares de las explotaciones familiares resolviesen adecuadamente vía testamento todas estas cuestiones.

4

Sobre las medidas de protección a la Seguridad Social

Como ya se ha mencionado más arriba, la Ley 18/2007 ha integrado a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el RETA, conformando un sistema especial (SETA). Igualmente se incluye en el mismo a los cónyuges de los titulares de las explotaciones agrarias que desarrollen su actividad en ellas. Para facilitar el pago de las cuotas, se ha reconocido una reducción de éstas para los consortes mayores de 40 años, be-

neficio que se ha extendido posteriormente también a las parejas de hecho.

Sin embargo, como también se ha señalado, la edad de los beneficiarios/as es inferior a la deseable, al igual que su duración. La primera propuesta, quizás la más fácil de aplicar, es que la reducción de cuota se amplíe del 30% al 50% en el supuesto de cotitulares y que además se incremente la edad para acceder a ella, al menos, hasta los 50 años. Incluso se podría barajar la posibilidad de aumentar el beneficio por un período más largo, o incluso que se concediese de forma automática a favor de todas las mujeres que cumplieren las condiciones de edad.

Pero, realmente si se quiere promocionar la visibilidad del trabajo de las mujeres rurales, habrá que establecer otras medidas algo más agresivas. En todo caso, no hay que olvidar que la propia LOIMH reconoce como elemento fundamental en el ámbito de la titularidad compartida, su protección en el ámbito de la Seguridad Social. Dos son las posibilidades que desde aquí se proponen, ambas con el objetivo de que las cuotas resulten menos gravosas, pero también sin perder de vista el principio de contributividad al sistema de la Seguridad Social.

La primera sería el reconocimiento de la posibilidad de que la mujer pudiese cotizar a la Seguridad Social de forma parcial, de acuerdo con la duración de la jornada desarrollada, igual que se admite para el Régimen General¹². En este supuesto, sería importante establecer un mínimo de jornada, para evitar la marginalidad del trabajo, que podría establecerse en 1/3 de la jornada ordinaria. Una vez establecida la cuota de cotización, no se pagaría el 100% de ésta, sino sólo por el porcentaje que significa su contribución a la explotación familiar. E incluso se podrían aplicar, cuando se cumplieren las condiciones, la reducción de cuota en el 30% (o el 50%, si se consiguiese) establecida de forma general.

Obviamente el problema de esta solución es que las prestaciones que en el futuro se generasen serían más reducidas que las promovidas por el trabajo a tiempo completo. Por otro lado, habría que confiar en la declaración de las mujeres, que accederían a la protección parcial, sobre la veracidad de la duración de sus jornadas, dado que difícilmente podría comprobarse tal aspecto. Pero, en todo caso, parece más adecuado que estas personas contribuyan y, consecuentemente sean protegidas, de forma parcial, que lo que ocurre en la actualidad, es decir, que su trabajo no sea reconocido de ninguna forma.

Otra posibilidad, aunque con mayores problemas de conformación jurídica, se basaría en el hecho puesto de manifiesto con anterioridad relacionado con la realidad impuesta por lo parámetros demográficos; la mayor esperanza de vida de la mujer. Además de la posibilidad de informar sobre una correcta planificación futura de la economía familiar que hace más adecuada la obtención de la pensión de jubilación por la mujer, se propone aquí la titularidad compartida de las cuotas de la Seguridad Social.

Se trataría de que sólo se abonase una cuota a la Seguridad Social por los dos cotitulares. Dicha contribución sólo generaría una pensión de jubilación, y en ningún caso prestación de viudedad. Alcanzada la edad pensionable, habría que optar por quien sería el titular del beneficio. Fallecido uno de ellos, la pensión sería recibida por el otro. De esta forma, se evitaría la situación de pobreza en que se encuentran muchas mujeres mayores de 65 años que perciben una reducida prestación derivada de las cotizaciones de su marido, cuando además han estado desarrollando una actividad laboral similar a la de éste, pero que nunca se reconoció. Se trataría, en definitiva, de que ese grupo familiar siempre percibiese una pensión de jubilación.



Se puede oponer a esta idea, y no sin razón, que si se establece sin más matices, muchas explotaciones se registrarán como de titularidad compartida, sin serlo. Dicho en otros términos, esta regulación promocionaría el fraude. Para eludir este efecto pernicioso, la cuota de la titularidad compartida sería más elevada que la general, aunque en todo caso, más reducida que la que correspondería si ambos consortes cotizasen. Obviamente para acceder a esta posibilidad sería preciso demostrar que ambos cotitulares realizan una actividad laboral en la explotación agraria por los medios de prueba generales admitidos en derecho.

5

Sobre la Información y la Formación a los titulares de las explotaciones agrarias y a sus cónyuges y parejas de hecho

Si se regulase de forma completa los beneficios anexos a la titularidad compartida y realmente se reconociesen importantes beneficios para las partes, una de las labores fundamentales, sobre todo desde el ámbito municipal, sería la realización de campañas de información sobre todas estas cuestiones para animar a todos a su registro.

La información, aunque muy necesaria, no sólo debe realizarse dirigida a las mujeres que colaboran en

las explotaciones agrarias¹³, sin que su trabajo sea reconocido, sino también hacia los hombres, que actualmente sean titulares de ellas, con el fin de que entiendan que esta posibilidad puede ser beneficiosa para el grupo familiar. Además, igualmente será importante la información sobre las medidas de aplicación que se regulen en el futuro.

Asimismo, hay que hacer una especial mención, como no podría ser de otro modo, a la necesidad de realizar actividades de formación dirigidas a las mujeres rurales tanto a las que realizan trabajos en las explotaciones agrarias, como a las que no lo hagan, pero que puedan unirse a estas labores en el futuro. De esta forma se fomentará una mejora en sus trabajos y una promoción del conocimiento propio del valor que su colaboración tiene.

6

Puesta en marcha de acciones positivas

Por último, se entiende muy importante el establecer otras medidas de acción positiva, es decir, que beneficien directamente a las mujeres con el fin de acabar con la situación de la invisibilidad de su trabajo en el mundo rural. Como ya se mencionó en su momento, en la propia Ley de desarrollo sostenible del medio rural se ha puesto de manifiesto la posibilidad de emprender acciones positivas a favor de estas mujeres con el objeto de evitar dichas discriminaciones y desigualdad de oportunidades.

De esta forma se podrían establecer medidas que consistieran en dar preferencia en la concesión de ayudas, subvenciones y otros instrumentos similares a favor de las explotaciones agrarias cuya titular fuese una mujer. Por otro lado, como en la realidad esta opción va a ser pocas veces elegida, habrá que continuar estableciendo beneficios mayores a las explotaciones con titularidades compartidas, especialmente cuando la mujer sea joven

con la idea de promocionar la continuación del trabajo en el sector agrario.

Por otro lado, desde el punto de vista fiscal es importante que se sigan abonando los impuestos de acuerdo con los recursos generados por la explotación agraria y no por el hecho de ser dos (los cónyuges o la pareja de hecho) los que desarrollan una actividad laboral. Esto es, hacer una ficción de que aunque no existe una sociedad constituida, se trata de una comunidad de bienes, donde hay dos cotitulares, que no deben presentar su tributación separadamente. Incluso, se podrían establecer incentivos por los que se regulasen desgravaciones por el hecho de que la mujer participase en la explotación agraria, sobre todo cuando ella fuese la titular principal.

7

El estatuto profesional de la agricultora

Para finalizar hay que poner de manifiesto que, como ya se señaló, desde la UE y, en concreto, desde la Directiva 86/613, de 11 de diciembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, se ha puesto de manifiesto la necesidad de dotar a las mujeres de un Estatuto profesional de la agricultora. Ésta sería la última propuesta: que todas las reivindicaciones que se han presentado se hiciesen de una forma conjunta, dotándolas de unidad y coordinación, que permitiesen que se consiguiese de una forma más adecuada el principal objetivo de este Informe, que no es otro que la visibilidad del trabajo de las mujeres en el mundo rural.

Es esperable que, por lo menos, se apruebe una nueva ley sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias que resuelva los problemas fundamentales que en este análisis se han reflejado.

11

De hecho, en este sentido, en la reciente Ley que regula el cese de actividad en el RETA, se establece la separación o el divorcio como situación que abre el derecho a la prestación de quien deja de trabajar en la actividad familiar por ese motivo.

12

Así, si como se ha comentado, la media de trabajo en la explotación es de cinco horas diarias, pues se trataría de poder contribuir por esos 5/8 que esta realizando.

13

En este sentido se pronuncia el artículo 32 de la Ley 45/2007, para el desarrollo sostenible del medio rural, que reconoce al asesoramiento de la mujer rural como medida de protección social.

**Los períodos
de cotización
asimilados
por parto
para las
pensiones
del
SOVI:**

DERECHO ESPAÑOL

**cambio
jurispru-
dencial
a la luz de
la Ley para
la Igualdad
Efectiva de
Mujeres y Hombres**



RESUMEN

La Ley Orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres, introduce en materia de Seguridad Social, en el apartado veintitrés de la disposición decimoctava, los llamados “Períodos de cotización asimilados por parto”. El presente estudio se centra en determinar si dicha disposición es de aplicación a aquellas trabajadoras afiliadas al SOVI que a la fecha del 1 de enero de 1967 no acreditan la cotización requerida, pero que puedan alcanzar la carencia si se tiene en consideración la cotización ficticia que establece la disposición, a través de los cambios jurisprudenciales habidos hasta el momento por la promulgación de la Ley de Orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Palabras clave:

SOVI, igualdad, parto, parto múltiple, pensión, jubilación, incapacidad permanente, Seguridad Social.

SUMMARY

The periods of contribution similar by childbirth for the pensions of the SOVI: jurisprudential change brought to light by the law for the effective equality between women and men

The Organic Law on effective equality between women and men, enter into Social Security, in the paragraph twenty-three of the eighteenth disposition, the so called “Periods of price assimilated by childbirth”. The present study focuses whether this provision applies to those afiliated SOVI entry workers whose relationated to the date of January 1, 1967 do not show required contribution, but they could gain if we lack the national contribution account that established the ordinance, through the jurisprudential changes have taken place up at the moment incurred for the promulgation of the Organic Law on effective equality between women and men.

Key words: SOVI, equality, childbirth, multiple duck, pension, retirement, permanent disability, National Health Service.

POR DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO.
Profesor Doctor de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad a Distancia de Madrid.



I. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL DEL SOVI

El Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) es un régimen residual que se aplica a aquellos trabajadores/as y sus derecho habientes que, reuniendo los requisitos exigidos por la legislación del extinguido régimen, no tengan derecho a pensión del actual Sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios. El SOVI, aunque se trata de una prestación marginal, cobra importancia tras la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH) [BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007].

Su regulación se contiene en los siguientes instrumentos jurídicos:

a

Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, por el que se eleva la prestación del Seguro de Vejez e Invalidez (BOE núm. 296, de 23 de octubre de 1955),

b

Decreto 1564/1967, de 6 de julio (Trabajo), por el que se regulan situaciones derivadas del extinguido Seguro de Vejez e Invalidez (BOE núm. 169, de 17 de julio de 1967),

c

Decreto de 18 de abril de 1947, que crea la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez, preparando un sistema de protección para este último riesgo (BOE de 5 de mayo de 1967),

d

Orden de 18 de junio de 1947, que establece normas para la aplicación del Decreto de 18 de abril de 1947, que regula los beneficios del seguro de vejez e invalidez (BOE de 20 de abril de 1947).

Actualmente, se fundamenta en la disposición transitoria séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) [BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994], por la redacción dada en la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social (BOE núm. 135, de 7 de junio de 2005), al señalar que “Quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del

primero de dichos seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios; entre tales pensiones se entenderán incluidas las correspondientes a las entidades sustitutorias que han de integrarse en dicho sistema, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria octava de la presente Ley”.

De su literalidad se observa que la nueva redacción permite flexibilizar el estricto régimen de incompatibilidades al que estaban sometidas las pensiones de aquel régimen. Por tanto, su carácter residual y el hecho de constituir estas pensiones el principal medio de subsistencia de un gran colectivo de personas mayores justifican su compatibilidad con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social. A tal efecto, como ya se ha apuntado, dicha compatibilidad también será de aplicación a las situaciones de concurrencia entre las pensiones de viudedad y las pensiones del SOVI que se hayan generado antes de su entrada en vigor.

El percibo de la pensión es incompatible con la realización de cualquier trabajo o actividad por cuenta ajena o propia que determine la inclusión del pensionista en el Sistema de la Seguridad Social. Asimismo, con la pensión de jubilación o de incapacidad permanente del Régimen General o de cualquiera de los Especiales, en el supuesto de concurrencia debe optarse entre una u otra. De igual manera, son incompatibles entre sí, en el supuesto de concurrencia podrá elegirse la que sea más beneficiosa.

II. CRITERIO JURISPRUDENCIAL

2.1

Postura anterior:
carácter residual

La naturaleza jurídica de las pensiones del SOVI ha sido analizada por el Alto Tribunal al señalar el *“carácter residual de este régimen de protección, del que deriva su conservación con arreglo a su propia normativa para las situaciones expresamente previstas en las disposiciones transitorias de la LGSS, sin que en principio les sean de aplicación los preceptos dictados para el actual sistema de la Seguridad Social”* (STS de 16 de marzo de 1992), ello impide que el mismo *“pueda ser considerado como uno más entre los regímenes de Seguridad Social que componen el sistema de la Seguridad Social en su actual configuración, regímenes [los actuales] que se caracterizan por una compartimentación socioeconómica de la población asegurada, que da lugar*



a diferencias de acción protectora y/o cotización, y no por una segmentación cronológica de la misma” (STS de 28 de mayo de 1993).

La doctrina jurisprudencial se ha fundamentado en la literalidad de la disposición transitoria segunda primera de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de la Seguridad Social (BOE núm. 149, de 22 de junio de 1972), que se refería a quienes en fecha 1 de enero de 1967, cualquiera que fuere entonces su edad, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido SOVI o bien hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, prescribiendo que *“conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos Seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a nin-*

guna pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social”.

Independientemente, que aplique el régimen de responsabilidad proporcional a las empresas incumplidoras de sus obligaciones de alta y cotización al SOVI producidas a partir del 1 de julio de 1959, aunque sin anticipo de la prestación por parte de la entidad gestora, ello no ha impedido que se siga manteniendo que es claro que las normas que regulan el otorgamiento de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social no es aplicable a la pensión SOVI (STS de 16 de mayo de 2006).

En este mismo sentido, cuando se trata de subsidio de desempleo para mayores de 52 años tampoco se considera una prestación del sistema de Seguridad Social a las pensiones del SOVI (SSTS de 25 de julio de



1995, 2 de octubre de 1995, 7 de diciembre de 1995 y 15 de noviembre de 1996). De igual manera, en las pensiones afectadas por la normativa comunitaria, se ha afirmado que *“la carrera de seguro del SOVI se cerró en 31 de diciembre de 1966, de forma tal que las cotizaciones efectuadas al sistema de la Seguridad Social con posterioridad a dicha fecha en ningún caso pueden servir para acceder a la pensión del SOVI”* (STS de 29 de enero de 2008). Por tanto, las cotizaciones insuficientes en el período en el que estuvo vigente el SOVI no pueden completarse con las efectuadas a otros regímenes después del 1 de enero de 1967 (STS de 3 de noviembre de 2008).

Finalmente, el Alto Tribunal ha señalado que *“la pensión SOVI, es una prestación de carácter residual que sólo se reconoce a quienes no tienen acceso a las pensiones reguladas en el Régimen General o Especiales de la Seguridad Social, es así una prestación que gráficamente ha sido llamada ‘escoba’ por recoger a todos aquellos que no integrados en el sistema de la Seguridad Social, sin embargo bien por haber estado afiliados al retiro obrero, bien por haber cotizado al Seguro de Vejez o Invalidez, gozaron de expectativas jurídicas que no pudieron hacer efectivas al sobrevenirles las contingencias protegidas en vigor y la nueva regulación de la Seguridad Social, en la que por no trabajar o cualquier otra circunstancia, no pudieron integrarse y, gozar por ello de las disposiciones que regulan la continuidad entre los distintos regímenes. Enmarcada así la Ley General de la Seguridad Social que la regula, prevenga que esta conservación del derecho a causar la prestación lo sea ‘con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación’ del extinguido Seguro de Vejez e Invalidez”* (STS de 3 de diciembre de 1993).

2.2

Postura actual: carácter de efectiva igualdad

La disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS, según la redacción dada por la disposición adicional decimoctava veintitrés de la LOIMH, establece que *“A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo/a y de 14 días más por cada hijo/a a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda”*.

El artículo 1.1 de la LOIMH señala que las mujeres y los hombres somos iguales en dignidad humana, e

iguales en derechos y deberes. A tal efecto, la norma tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, especialmente, en los ámbitos políticos, civiles, laborales, económicos, sociales y culturales para alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

De su simple lectura se evidencia que el legislador ha dado un paso más hacia delante en el avance hacia la igualdad real; superando así el principio de igualdad formal, que según *“el art. 9.º 2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material”* (STC 12/2008, de 29 de enero).

El artículo 4 de la LOIMH establece que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, por ende, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En este sentido, el principio de transversalidad se plasma de forma expresa y con vocación de generalidad; como, también, lo establece la Exposición de Motivos al señalar que la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, es principio fundamental de la Ley. Por tanto, todos los ámbitos de actuación están afectados por los principios de la LOIMH y, por consiguiente, lo está la normativa laboral y de Seguridad Social; como lo es el precepto que se analiza en este estudio (disposición adicional decimoctava veintitrés de la LOIMH), que *“exige un canon de interpretación amplio que permita la consecuencia de su objetivo (la efectiva igualdad) y sirva para combatir el efecto negativo del embarazo y la maternidad, por más que se trate de una norma de Seguridad Social, pues su justificación hace precisa una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional”* (STS de de 21 de diciembre de 2009).

La disposición adicional decimoctava veintitrés de la LOIMH, se refiere a *“cualquier régimen de Seguridad Social”*, ello no puede ser interpretado en una literalidad estricta y con el tecnicismo propio de la normativa de Seguridad Social que preserva esta denominación para el sistema de protección nacido a partir de 1967. En vista que la finalidad de la disposición es beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de



obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral, dado que esa actividad laboral es la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo. Las trabajadoras ya acreditan de modo efectivo la cotización por 112 días (dieciséis semanas), mientras disfrutaban del descanso de maternidad –y así lo contempla la norma, al excluir de su aplicación a quienes hubieran cotizado por las dieciséis semanas–. A tal efecto, la Ley lo que persigue es incrementar la vida cotizada cuando no ha habido esa protección. Precisamente, “por ser el parto una eventualidad exclusivamente femenina, el juicio sobre el valor de la norma encaminada a paliar la discriminación se hace relevante, puesto que la falta de cotización en ese periodo obedece exclusivamente a aquella circunstancia. Es cierto que las normas de Seguridad Social no se aplican al SOVI, pero la lectura de la Disp. Ad. 44.^a LGSS ha de hacerse en sentido totalmente opuesto [...], pues lo que el precepto hace es no excluir expresamente a quienes estuvieron integradas en el SOVI” (STS de de 21 de diciembre de 2009). En suma, el criterio para acudir a la suma de 112 días ficticios es el de la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause.

Por consiguiente, el beneficio otorgado por la disposición adicional decimoctava veintitrés de la LOIMH es de aplicación a todas las mujeres que no hubieran trabajado por haber tenido hijos/as, sin que implique solo una mera proyección de futuro. “La Ley sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es en este sentido una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas de SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad. Negar el beneficio a los pensionistas SOVI supone una negación que afectará fundamentalmente a mujeres que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la femineidad” (STS de de 21 de diciembre de 2009).

Las pensiones SOVI, a juicio del Alto Tribunal, tienen un carácter que puede calificarse de contributivo (precisaban de prestación de servicios, inscripción, afiliación y cotización), diferenciadas de las que hoy no requieren ningún tipo de aportación al sistema, y es éste, el de la contributividad, el requisito que la disposición adicional decimoctava veintitrés de la LOIMH impone, cumplido el cual no se limita ninguna de tales pensiones.

Tras la desaparición del régimen SOVI ha habido disposiciones legales que, pese a dar respuesta a situaciones posteriores, han afectado al modo de configuración de los derechos derivados de aquel extinto régimen. Ejemplo de ello es la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, en relación con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social, que al ser una norma expresa, buscaba acomodar la nueva realidad social de la situación de discriminación real que se derivaba de la configuración de las prestaciones de viudedad.

III. REFLEXIÓN FINAL

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, según señala el artículo 3 de la LOIMH, supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, la derivada de la maternidad. A tal efecto es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; que, a su vez, debe ser interpretado en todo el articulado del Título I “El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación” de aquella Ley.

La LOIMH tiene una naturaleza transversal, que se plasma de modo expreso y con vocación de generalidad. La interpretación que hay que darle a la disposición adicional decimoctava veintitrés es aquella que no vaya en contra del espíritu de la LOIMH. Por tanto, la finalidad del precepto es beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral. La “exclusión de las bonificaciones a las trabajadoras que lucrarían la pensión por el régimen residual SOVI, harían de peor condición a este colectivo, marginándolas de las medidas que pretenden paliar antiguas situaciones de trato desfavorable por razón de maternidad o parto, en función de una mera circunstancia cronológica” (SJS núm. 7 de Bilbao, de 30 de noviembre de 2007).

Hoy por hoy las trabajadoras ya acreditan de modo efectivo la cotización por 112 días, mientras disfrutaban del descanso de maternidad, y lo que la Ley pretende es incrementar la vida cotizada cuando no ha habido esa protección, sin que la norma excluya expresamente a quienes estuvieran integradas en el SOVI. Por tanto, la fecha a la que hay que acudir para la aplicación de los 112 días ficticios, es en la que se cause la prestación y no la de la vigencia en que se origine; es decir, el beneficio otorgado por la disposición adicional decimoctava veintitrés se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la LOIMH.

Víctimas y agresores: un análisis comparado

FORO: APORTACIONES DESDE LA PRÁCTICA PROFESIONAL

POR SANTIAGO BOIRA SARTO.
Psicólogo del Servicio de Gestión
de Penas y Medidas Alternativas.
Centro Penitenciario de Zaragoza.
Profesor Asociado de la
Universidad de Zaragoza

Y POR ALICIA JIMENO ARANDA.
Psicóloga del Instituto Aragonés de la Mujer.



RESUMEN

En este artículo se presenta un estudio comparado de las características de las víctimas y de los agresores que han sido atendidos en las asesorías psicológicas del Instituto Aragonés de la Mujer en relación con la violencia dentro de la pareja. Se analizan las características sociales y demográficas, el funcionamiento psicológico y la caracterización de la dinámica de la violencia. En los resultados obtenidos se obtienen percepciones diferentes entre hombres y mujeres en algunos aspectos significativos que configuran la dinámica de la violencia. Por último, se concluye que la consideración de estas diferencias puede mejorar la comprensión de este fenómeno y de los mecanismos que lo inician y mantienen.

Palabras clave: Violencia contra la pareja. Hombres maltratadores. Programas de intervención psicológica

ABSTRACT

Victims and aggressors: a comparative analysis

This paper presents a comparative study of victims and aggressors characteristics, who have been attended in the psychological counselling programs of IAM (Aragon Institute of Women) in relation to gender violence. Social and demographic characteristics, psychological functioning and characterization of the dynamics of violence are analyzed. The results obtained show different perceptions between men and women in significant ways, which shape the dynamics of violence. Finally, it is concluded that consideration of these differences can improve the understanding of this phenomenon and the mechanisms that initiate and maintain.

Key words: Intimate partner violence. Male batterers. Psychological intervention programs.

INTRODUCCIÓN

Pese a las reformas legislativas y a los avances en el conocimiento del problema, la erradicación de la violencia de género sigue planteando muchos dilemas. Este tipo de violencia sigue siendo la principal causa de reducción en la calidad de vida, daño y muerte para la mujer.

Si se realiza un breve recorrido sobre el seguimiento de este problema, durante la década de los noventa el interés sobre la violencia dentro de la pareja en España fue escaso tanto desde el punto de vista de las iniciativas políticas como de la producción científica (Castaño *et*

al., 2006; Vives *et al.*, 2006). En el periodo 1988-1998, el número de artículos científicos producidos en España sobre maltratadores fue también muy limitado (Ferrer *et al.*, 2006). No obstante, en los últimos años ha aumentado la producción investigadora y el debate teórico (Cáceres, 2007). Esta nueva situación ha tenido su repercusión a muy distintos niveles y, en este sentido, la literatura científica ha permitido también dignificar la imagen de la mujer maltratada. La violencia que sufre la mujer deja de verse como el resultado de su propia personalidad

o irracionalidad y pasa a considerarse la consecuencia de un conjunto de patrones socioculturales que le dificultan la toma de decisiones y que le originan toda una serie de secuelas (Fontanil *et al.*, 2002).

Por otra parte, también se ha mejorado el conocimiento del comportamiento agresivo de los maltratadores. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se obliga a los hombres condenados por un delito de violencia de género a someterse a un programa de



tratamiento lo que ha permitido una aproximación más directa a la realidad del hombre agresor. Los estudios que han considerado a los maltratadores como unidad de análisis se han centrado, fundamentalmente, en tres aspectos:

- a** las características de los hombres agresores,
- b** los factores de riesgo del comportamiento agresivo y
- c** los procedimientos de intervención (Boira y Jodrá, 2010).

Respecto al perfil de los hombres violentos, los investigadores/as han tratado de identificar la existencia de características que diferencien a los hombres maltratadores de los que no lo son. Para ello, se han analizado diferentes variables de carácter sociodemográfico y a su funcionamiento psicológico. Asimismo, se ha tratado de agrupar a estos hombres mediante la elaboración de tipologías a partir de sus características personales y de sus estilos de violencia. Hasta la fecha, en ninguno de estos aspectos centrales en los que se ha concentrado la investigación se han logrado resultados inequívocos.

En relación con las víctimas, el estudio del impacto de la violencia ha sido una tarea controvertida. Holtzworth-Munroe, Smutzler y Sandin (1997) aportaron las dos siguientes razones:

- la primera se refiere a que la atribución de etiquetas diagnósticas a la víctima implica centrarse en sus dificultades psicológicas y puede tener como resultado el responsabilizar a la mujer de su propia victimización;
- la segunda, incide en que focalizar la atención en el diagnóstico de la víctima, en sus “déficits”, distrae la



atención del análisis del responsable de la violencia, el hombre agresor.

Algunas de las características de la víctima sobre las que se ha investigado son:

- la baja autoestima y autoconcepto,
- el bajo nivel de independencia personal,
- la escasa red social,
- las dificultades en la toma de decisiones,
- la presencia de sesgos cognitivos,

- los procesos de victimización y
- las dificultades en la resolución de problemas.

Dentro de las consecuencias de la violencia de género para la víctima, el trastorno de estrés postraumático ocupa un lugar muy significativo.

En el análisis de las circunstancias y de los contextos en los que la violencia de pareja tiene lugar, una cuestión relevante es la posibilidad de tener en cuenta tanto la perspectiva de la víctima como la del maltratador. Son escasos los estudios que hayan comparado ambos puntos de vista. Además, en muchos de los casos, la atención de las víctimas y de los agresores es desarrollada



por entidades diferentes lo que dificulta la posibilidad de considerar una valoración integral y sistémica. El objetivo de este artículo es presentar los resultados de un estudio que compara las características de las víctimas y de los agresores que han sido atendidos en las asesorías psicológicas del Instituto Aragonés de la Mujer en relación con la violencia dentro de la pareja¹. Se analizan los siguientes temas:

a

las características sociales y demográficas,

b

los aspectos relacionados con el funcionamiento psicológico y

c

la caracterización de la dinámica de la violencia.

CARACTERÍSTICAS DE LOS SERVICIOS Y PROTOCOLO DE TRABAJO

Entre las funciones del Instituto Aragonés de la Mujer (IAM) se incluye la de adoptar las medidas correspondientes en caso de violencia contra las mujeres. Desde su creación, ha sido el órgano encargado de trabajar y articular las actuaciones que en la Comunidad Autónoma de Aragón se llevan a cabo en torno a las situaciones de violencia de género. En este contexto, en el año 1994 se creó en dicho Instituto la Asesoría Psicológica.

Por otro lado, el IAM puso en marcha el Servicio Espacio en el año 1999. Dicha actuación, enmarcada dentro de la acción 7.4.4 del II Plan de Acción Positiva para las mujeres

en Aragón, se creó con la finalidad de atender psicológicamente a hombres violentos con la pareja. Este programa se plantea dos objetivos principales:

1

asegurar que el bienestar conseguido por las mujeres víctimas de malos tratos que han finalizado un tratamiento psicológico se mantenga en aquellos casos en que decidan continuar viviendo con la persona previamente maltratadora, así como en los casos en que decidan la separación, y

2

prevenir posteriores situaciones de maltrato e impedir su extensión a hijas e hijos.

Ambos Servicios pretenden hacer conscientes tanto al hombre como a la mujer de su papel en la resolución de las situaciones de violencia, trabajando estrategias y habilidades que les ayuden a desarrollar formas diferentes de afrontar los conflictos. La intervención que se realiza se dirige a las conductas asociadas con el maltrato y a los problemas asociados al maltratador y a la víctima. Este tratamiento se enmarca dentro del modelo psicológico cognitivo-conductual. Dicha estrategia terapéutica implica focalizar adecuadamente las conductas problema y entrenar un conjunto de habilidades personales para manejar la ira, gestionar el conflicto y mejorar la asertividad y la comunicación, pero sobre todo, la intervención que se propone va a tratar de cambiar las estructuras disfuncionales de género relacionadas con la idea de mujer y del uso de la violencia contra ella.

RESULTADOS

Variables sociodemográficas

Respecto a la edad, han sido atendidos hombres y mujeres en todos los rangos, lo que refuerza la idea de que los malos tratos pueden apare-

cer en cualquier momento de la relación de pareja. No obstante, la media de edad en los hombres ($X = 37,9$) es inferior a la de las mujeres ($X = 39,14$), habiendo una diferencia de 1,24 años. En el caso de los hombres, el 65,7% de ellos tiene 40 años o menos, frente al 42,2% de las mujeres que se encuentran en esta situación. Se pueden sugerir dos posibles explicaciones a esta mayor "juventud" de los maltratadores.

La primera de ellas podría tener que ver con la "espera", alrededor de 10 años según la mayoría de los estudios, que una mujer maltratada suele tardar en hacer pública su situación y solicitar ayuda.

La segunda explicación podría relacionarse con el origen de las personas atendidas. A diferencia de lo ocurrido en la asesoría de mujeres, se ha producido una mayor y creciente entrada en el Servicio Espacio de hombres de otros países, más jóvenes que el grupo de españoles, lo que ha repercutido en un progresivo rejuvenecimiento del grupo. Así, el porcentaje de mujeres extranjeras es del 14,3%, frente al 23% de hombres.

No obstante, en cualquiera de los casos, los porcentajes de personas no españolas que acuden a los servicios son superiores a los porcentajes de extranjeros en la población general. Este hecho debería estudiarse y tenerse en cuenta en el diseño de estrategias de intervención. Respecto a las áreas geográficas de procedencia de las personas no españolas, el grupo mayoritario es de origen latinoamericano tanto en hombres como en mujeres, representando respectivamente el 17% y 9,2% del total de participantes en los servicios.

En cuanto al estado civil se encuentran diferencias entre el grupo de hombres y de mujeres. Una de ellas es el aumento del número de hombres divorciados a lo largo de los

1

Si bien el Servicio de Asesoría Psicológica existe desde 1994, se consideran los datos desde el año 2000 hasta el 2006. El número de hombres que accedió al Servicio Espacio durante este periodo fue de 230. Respecto a las mujeres, para este estudio se contemplan las 244 mujeres que fueron atendidas en la asesoría de Zaragoza.



años, circunstancia que no ocurre en el caso de las mujeres. Esta tendencia proporciona información sobre la situación y el tipo de demanda en el momento de acceder a los Servicios por parte de unas y de otros. En la experiencia clínica se constata el hecho de que la demanda de un grupo significativo de mujeres se orienta a intentar resolver los conflictos y dar una nueva oportunidad al hombre. En el caso de ellos, la motivación para incorporarse al tratamiento tiene que ver con la presión por parte de la pareja para que realice un programa, ante la amenaza de una posible separación, o para tratar de recuperar una relación en muchas ocasiones ya finalizada.

En el caso de la formación y nivel de estudios en la muestra se encuentran hombres y mujeres distribuidos en todos los niveles de instrucción. No obstante, y sobre todo en el caso de las mujeres, se aprecia una tendencia a alcanzar un nivel más bajo de formación en comparación con la población general, el 50,4% de las mujeres y el 19% de los hombres únicamente alcanzan un nivel equivalente al Certificado de Escolaridad. Esta observación es coincidente con la publicada en otros estudios (Fernández-Montalvo y Echeburua, 1997; Fontanil, 2002). Una posible explicación sería que las clases más altas tienen acceso privado a distintos profesionales, lo que permitiría encubrir el problema en esos contextos.

Desde el punto de vista laboral, la mujer suele estar activa cuando entran en una dinámica de malos tratos, situación que tiende al cambio a lo largo del proceso de violencia. Distintas investigaciones indican que las mujeres o dejan de trabajar o pasan a hacerlo en trabajos poco cualificados y con escaso reconocimiento social y económico. Tal vez, por esta razón, existe una gran diferencia respecto a la situación laboral entre las mujeres y los hombres analizados: el 74,4% de los hombres está trabajando frente al 46% de las mujeres.

Violencia en la familia de origen

Un aspecto interesante a destacar es la posible situación de violencia que víctimas o agresores han podido vivir en sus familias de origen y, en concreto, su relación con la permisividad y aceptación de la violencia en las relaciones de pareja.

El porcentaje de hombres que reconoce haber sido objeto de malos tratos en la infancia es de un 53%, frente al 12% de las mujeres. Respecto a la existencia de violencia del padre hacia la madre, en el caso de los hombres el 34% fue consciente de esa violencia, porcentaje al que hay que añadir un 12% que, sin confirmarlo directamente, lo sospecharon.

Respecto a las mujeres, sólo el 12% confirma haber sido testigo de violencia entre sus progenitores, frente a un 88% que considera que no existió. Así pues, en el caso de los hombres se puede sugerir una cierta relación entre haber tenido un padre agresor y la posibilidad de repetir el esquema de violencia.

Violencia en anteriores relaciones de pareja

Los datos correspondientes a las mujeres indican que para la mayoría de ellas, el 57,4%, la relación que denuncia es la primera y única relación de carácter estable que han tenido y para el 32% de ellas es su segunda pareja. En este sentido, únicamente el 5,6% ha sufrido malos tratos en relaciones anteriores.

En el caso de los hombres, sólo el 15% reconoce haber tenido comportamiento violento con otras parejas y el 25% manifiesta que sólo ha

ejercido violencia en su actual relación.

Si bien en el caso del maltratador habría que cuestionarse la minimización y ausencia de conciencia de su comportamiento violento, los datos no confirman claramente la presencia y la habitualidad de la violencia del hombre con otras parejas. En el caso de la mujer, los datos sí permiten desmentir el tópico de que la víctima de malos tratos tiende a tener otras relaciones agresivas, debido principalmente al hecho de que o continúan con su agresor o no han tenido otra relación tras la ruptura.

Funcionamiento psicológico

Aunque se pueden identificar algunas características más recurrentes, no es posible establecer ni para la víctima ni para el maltratador un perfil inequívoco que permita realizar predicciones sobre la ocurrencia del hecho violento.

Dentro de estas características psicológicas más frecuentes se incluye la presencia de **trastornos mentales**.

Preguntadas al respecto, las mujeres indican que no han acudido con anterioridad a ningún servicio de salud mental en el 60% de los casos, frente a un 25% que sí tenían antecedentes de tratamientos anteriores.

Respecto a los hombres, el 47% manifestaron haber tenido algún contacto con servicios de carácter psiquiátrico o psicológico. En el caso de las víctimas, la presencia de psicopatología suele explicarse como una consecuencia de la violencia (Amor *et al.*, 2002).

Asimismo, se ha investigado sobre **la relación entre el consumo de alcohol y de otras drogas y el ejercicio de la violencia** bien como precipitante o como causa de la agresión.



En el caso de los hombres, un 12,6% consume alcohol abusivamente y un 5,6% otras drogas. Sin embargo, aunque el 45% reconoce haber consumido alcohol en las horas previas al incidente, muchos de ellos consideran que el alcohol no ha tenido nada que ver con el episodio violento. En este sentido, resulta muy sorprendente que la mayoría de las mujeres, cuando son preguntadas al respecto, no son capaces de determinar si ha habido un consumo de alcohol por parte de sus parejas antes del incidente, lo que desmiente la creencia que algunas mujeres tienen para identificar cuando su pareja ha bebido y de predecir una posible situación de de tensión.

Se podría explicar esta circunstancia debido al estado de shock que provoca la situación de agresión y al desgaste que produce estar en un estado de alerta continua.

Por otra parte, aunque las investigaciones indican que el abuso de alcohol y otras sustancias es una de las posibles características asociadas a la mujer víctima de violencia (Labrador, 2005), solo el 5,3% de las mujeres reconoce haber bebido en momentos previos al incidente, lo que desmentiría la creencia de que es una causa de la violencia y su posible consumo sería, más bien, una consecuencia de la violencia. No obstante, pese a la existencia de una

mayor probabilidad de consumo abusivo en el hombre no se puede establecer como un hecho predictivo del comportamiento violento.

Otra característica muy estudiada es la presencia del comportamiento de celos.

En los hombres se presenta en el 50% de los casos. Los celos no sólo pueden referirse a la pareja sino también a otras personas significativas para la víctima (familia, amigas, hijos...) que el maltratador pueda percibir como una amenaza. El 43% de las mujeres indica que los celos no son la causa de la agresión, ya que consideran que sus parejas no son hombres celosos. Sí que lo son para el 34,8% de ellas. Aunque en estos casos los hombres suelen justificar la agresión como consecuencia de una infidelidad por parte de ellas, esto sólo ocurre en un 6% de las mujeres.

La mayoría de ellas, el 74%, manifiesta haber sido fieles a la pareja, por lo que la conducta celosa no estaría motivada. Estos datos sugieren la existencia de sesgos cognitivos en el hombre que afectan a la percepción y análisis de la situación y de la relación de pareja.

Caracterización de la dinámica de la violencia

La primera cuestión analizada es la duración de la relación principal objeto de los malos tratos. En ambos casos esta relación supera los 10 años de convivencia, siendo de 10,91 años de media para los hombres y de 13,27 años para las mujeres. Por otra parte, tanto ellos como ellas describen unos antecedentes de violencia de largo recorrido.

El 53,7% de los hombres manifiesta que el primer incidente grave con la pareja se produjo en el primer año de convivencia o en el noviazgo.



Este porcentaje asciende al 68% si se considera lo afirmado por las mujeres.

Este mayor porcentaje es todavía más sobresaliente si se compara la duración de los malos tratos. Así, las mujeres que consideran que han sufrido violencia durante más de 5 años suponen un 68% frente al 37% de los hombres. Aunque sí que hay un grupo significativo de ellos que reconoce una relación violenta de larga duración, el porcentaje es mucho menor que el admitido por ellas, prácticamente el doble. Probablemente, una de las principales razones que puede explicar este hecho es la diferente percepción de la relación violenta. En el caso de los hombres no hay conciencia o se minimiza el impacto del comportamiento violento, los incidentes se consideran aislados y sin relevancia. Esta circunstancia provocaría que muchos hombres perciban el inicio de la violencia con posterioridad al comienzo real, habitualmente en la propia génesis de la relación.

Respecto al tipo de violencia empleada, el 78% de los hombres admite haber cometido alguna agresión física o sexual a lo largo de la relación, habitualmente de baja intensidad (empujones, zarandeos...). Los hombres restan importancia al empleo de la violencia física respecto a lo que las mujeres reconocen haber sufrido. Como ocurría con la duración de los malos tratos, se encuentran, también en este caso, diferencias significativas respecto a la percepción del tipo e intensidad de la violencia empleada. Además de la minimización de la intensidad de la violencia por parte del agresor, otra posible explicación es que el grupo de mujeres que han acudido a la asesoría habiendo sufrido una violencia física más intensa, no se corresponda con las características de los hombres atendidos en el Servicio Espacio, cuya manifestación violenta es de más baja intensidad.

Otro aspecto interesante a valorar desde el punto de vista de la diná-

mica violenta es la consideración de la mujer como posible causante de la misma. Para algunos hombres la manera de justificar su comportamiento violento es considerarlo como una respuesta ante un comportamiento violento de la mujer (Carney, Buttell y Dutton, 2007). Sin embargo, parece razonable considerar que en una parte muy significativa de los casos la violencia de la mujer es una respuesta ante una situación de malos tratos reiterados o forma parte de una respuesta de defensa propia o de reacción ante situaciones de miedo insuperable (Echeburua, 1998; Sanmartin, 2000; Torres y Espada, 1996).

El 30,5% de los hombres afirmaron que habían sido objeto de violencia por parte de sus parejas. De ellos, el 28,3% se refirió a violencia física de baja intensidad y el 2,2% afirmó haber sufrido violencia de alta intensidad.

En el caso de las mujeres, un 24,2% reconoció que había agredido a su pareja en algún momento de la relación. De este porcentaje, el 4,5% de ellas afirmó haber utilizado violencia física de baja intensidad y un 19,7% de alta intensidad. Por tanto, ambos son capaces de identificar este comportamiento agresivo, pero sorprende la distinta visión que presentan acerca de él. Cuando es agresora, la mujer reconoce tener un comportamiento violento que valora como de más alta intensidad que el manifestado por el hombre.

CONCLUSIÓN Y LÍNEAS FUTURAS

En este artículo se han presentado las diferentes percepciones existentes entre hombres y mujeres en aspectos significativos configuran la dinámica de la violencia. La consideración de estas diferencias puede mejorar la comprensión de este fenómeno y de los mecanismos que lo inician y mantienen. Es necesario confrontar la información proceden-

te de las víctimas y de los agresores y considerar el comportamiento violento dinámicamente, dentro del contexto de la relación de pareja. Las explicaciones de la violencia dentro de la pareja suelen plantearse desde una concepción estática y dicotómica, con unos modelos de agresor y víctima claramente definidos y muy pocas veces puestos en relación. Sin embargo, como señala acertadamente Ramírez (2002), este modo de plantear el problema ha sido necesario por dos motivos:

en primer lugar, para enfatizar su propio origen y definición en tanto que manifestación de una profunda desigualdad entre los géneros que traspasan sociedades y grupos sociales y,

en segundo lugar, para acentuar la subordinación de la mujer al dominio del hombre.

No obstante, este planteamiento genera una visión excesivamente estática de la violencia y de la dinámica de la pareja en que ésta tiene lugar. En este sentido resultan muy sugerentes los trabajos y reflexiones de Johnson (2008), quien plantea que la violencia dentro de la pareja no es un fenómeno unitario.

Respecto al futuro, se deben establecer estrategias integradoras en la conceptualización de la violencia dentro de la pareja y superar algunos debates situados exclusivamente en un ámbito ideológico. Es necesario profundizar en el conocimiento del maltratador más allá de la imagen tópica y estereotipada que se tiene del mismo. En este sentido, será importante integrar los programas para hombres como una medida más dentro de las respuestas orientadas a luchar contra la violencia de género. Estos programas deben, no obstante, tener supervisión pública, coordinarse con el resto de dispositivos especializados y cumplir unos mínimos estándares de calidad.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMOR, P., ECHEBURÚA, E., CORRAL, P., ZUBIZARRETA, I. y SARASUA, B. "Repercusiones psicopatológicas de la violencia doméstica en la mujer en función de las circunstancias del maltrato", *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 2, 2002, pp. 227-246.

BOIRA, S. *Hombres maltratadores. Historias de violencia masculina*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010.

BOIRA, S. y JODRÁ, P. "Psicopatología, características de la violencia y abandonos en programas para hombres violentos con la pareja: resultados en un dispositivo de intervención", *Psicothema*, 2010, (en prensa).

CÁCERES, J. "Violencia doméstica: Lo que revela la investigación básica con parejas", *Papeles del Psicólogo*, 28, 2007, pp. 104-115.

CARNEY, M.; BUTTELL, F. y DUTTON, D. "Women who perpetrate intimate partner violence: A review of the literature with recommendations for treatment", *Aggression and Violent Behavior*, 12, 2007, pp. 108-115.

CASTAÑO, E., PLAZAOLA, J., BOLÍVAR, J. y RUIZ, I. "Publicaciones sobre mujeres, salud y género en España (1990-2005)", *Revista Española de Salud Pública*, 80(6), 2006, pp. 705-716.

ECHEBURÚA, E. y CORRAL, P. *Manual de violencia familiar*, Madrid, S. XXI, 1998.

FERNÁNDEZ-MONTALVO, J. y ECHEBURÚA, E. "Variables psicopatológicas y distorsiones cognitivas de los maltratadores en el hogar: un análisis descriptivo", *Análisis y Modificación de Conducta*, 23, 1997, pp. 151-180.

FERRER, V.A., BOSCH, E., GARCÍA, E., MANASSERO, M. A. y GILI, M. "Maltratadores (en casos de violencia doméstica) vs. no maltratadores: un análisis descriptivo de los estudios comparativos para el período 1988-1998", *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 11(26), 2006, pp. 71-98.

FONTANIL, Y., MÉNDEZ M.T., CUESTA, M., LÓPEZ, C., RODRÍGUEZ, F.J., HERRERO, F.J. y EZAMA, E. "Mujeres maltratadas por sus parejas masculinas. Un estudio sobre la violencia doméstica a través de los informes de mujeres sobrevivientes", *Psicothema*, 14, 2002, pp. 130-138.

HOLTZWORTH-MUNROE, L.; SMUTZLER, N. y SANDIN, E. "A brief review of the research on husband violence. Part II The Psychological Effects of Husband Violence on Battered Women and Their Children", *Aggression and Violent Behavior*, 2(2), 1997, pp. 179-213.

JOHNSON, M.P. *A typology of domestic violence: Intimate terrorism, violent resistance, and situational couple violence*, Boston, Northeastern University Press, 2008.

LABRADOR, F.J., RINCÓN, P.P., DE LUIS, P. y FERNÁNDEZ-VELASCO, R. *Mujeres Víctimas de la Violencia Doméstica: Programa de Actuación*, Madrid, Pirámide, 2005.

RAMÍREZ, J.C. "Pensando la violencia que ejercen los hombres contra sus parejas: problemas y cuestionamientos", *Papeles de Población*, 31, 2002, pp. 219-241.

SANMARTÍN, J. *La violencia y sus claves*, Barcelona, Ariel, 2000.

TORRES, P. y ESPADA, F.J. *Violencia en casa*, Madrid, Aguilar, 1996.

VIVES, C., GIL, D., CARRASCO, M. y ÁLVAREZ, C. "La violencia de género en la agenda del Parlamento español (1979-2004)", *Gaceta Sanitaria*, 20(2), 2006, pp. 142-148.

FORO: APORTACIONES DESDE LA PRÁCTICA PROFESIONAL

El papel de la abogacía de Zaragoza en la defensa de oficio de las víctimas de violencia de género

POR PILAR MARCO NOVELLA.
Abogada del Real e Ilustre
Colegio de Abogados de Zaragoza.

RESUMEN

La unidad de defensa como garante de los derechos de la víctima: coordinación y asistencia inmediata por letrados especializados en violencia de género. El trabajo de los letrados adscritos al turno de oficio en el Reicaz, una labor pionera. Solicitud de orden de protección integral con la adopción de medidas penales y civiles. Cuestiones prácticas: sentencias de conformidad en el acto del juicio rápido, auto de archivo y sobreseimiento de la causa, quebrantamiento de la medida de alejamiento.

Palabras clave: orden de protección integral, turno de oficio, asistencia jurídica gratuita, unidad de defensa para la víctima de violencia de género, especialización de los letrados.

SUMMARY

The defense unit as a guarantor of the rights of the victim: coordination and immediate assistance of lawyers specializing in gender-based violence. The work of lawyers assigned to the legal aid in the Reicaz, a pioneering work. Application for warrant of comprehensive protection with the adoption of criminal and civil measures. Practical Issues: Judgments with agreement in the act of the instant trial, archive storage writ and dismissal of the case, a breach of the protection order measure.

Key words: order of comprehensive protection, legal aid, free legal assistance, the defense unit for victims of Gender violence, speciality of the Lawyers.

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, en su artículo 20 regula el derecho de las mujeres víctimas de violencia de género a la asistencia jurídica gratuita. Dicho artículo garantiza que las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado/a y procurador/a respectivamente en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida.



En estos supuestos, una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.

Esta asistencia jurídica tendrá, por tanto, como características más importantes: garantizar la asistencia jurídica a las mismas desde el primer momento (inmediatez), y garantizar una asistencia especializada y de calidad.

La asistencia de Letrado/a deviene relevante para la tutela judicial efectiva y para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, especialmente si se tiene en cuenta que el Juez/a de Instrucción en funciones de Guardia también puede adoptar medidas de naturaleza civil que afectan al uso y disfrute del domicilio, a la relación con los hijos/as y a la prestación de alimentos.

Así, si bien toda la sociedad está obligada a implicarse en la solución para eliminar esta violencia es evidente que a la Abogacía, en cumplimiento del artículo 4 del Estatuto General de la Abogacía Española, les corresponde de forma exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica; protección de la que se ven extremadamente necesitadas todas aquellas mujeres que son víctimas de violencia doméstica, correspondiendo por tanto a los Colegios de Abogados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del citado Estatuto, la función de organizar los Servicios de Asesoría Jurídica y Defensa que se deriven de los Servicios de Orientación Jurídica que su Junta de Gobierno decida crear, por sí mismos o mediante convenios con otros organismos o colectivos.

El Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, ya en el año 1993 y a iniciativa de la Comisión de Mujeres Abogadas del propio Colegio, instó la creación de un Servicio de Asistencia y Orientación Jurídica a la Mujer, iniciándose en Zaragoza para extenderse posteriormente a Huesca y Teruel. El objetivo se cumple desde tres ámbitos de actuación:

1º

Servicio de consultas, mediante el cual se presta asesoramiento a las mujeres en aquellas situaciones que supongan una discriminación, con indicación de los cauces jurídicos existentes para hacer valer sus derechos y siempre en caso de malos tratos.

2º

Dar información a través de la impartición de conferencias a todas aquellas Agrupaciones, asociaciones o centros que lo soliciten a través del Instituto Aragonés de la Mujer (en adelante, IAM) sobre temas relacionados directa o indirectamente con las mujeres. En la actualidad este servicio se ha suprimido.

3º

Servicio de guardia permanente.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En 1998, y siguiendo el camino de avance en conseguir una protección jurídica de los derechos de las mujeres, se puso en marcha un Servicio de Guardia Permanente para atender a las mujeres víctimas de maltrato o agresión sexual, mediante la creación de un Turno semanal. Dicho turno era atendido por Abogados que se servían de un teléfono móvil para su localización, con la finalidad de que el Letrado/a prestara el asesoramiento oportuno y acompañase a la víctima en la realización de los trámites en las distintas instancias (presentar denuncia, dirigirse a un hospital y proporcionar alojamiento en caso necesario).

Tras dos años de experiencia, se constató que las mujeres atendidas a través del teléfono de urgencia quedaban en una situación de desprotección y con sensación de inseguridad, puesto que los Letrados/as no podían intervenir en la tramitación de los procedimientos civiles ni penales que se pudieran originar, de manera que la víctima debía acudir a los Servicios de Turno de Oficio Generales a fin de solicitar designación de Letrado/a para cada uno de ellos. Dicha designación podía ser denegada para los procedimientos reputados como falta –un alto porcentaje de ellos–, por no ser preceptiva la asistencia letrada.

No obstante lo expuesto, el Convenio firmado por el Colegio de Abogados de Zaragoza con el IAM (organismo dependiente del Gobierno de Aragón) no contemplaba el maltrato psíquico y la intervención letrada sólo era para los casos urgentes. Los letrados/as debían atender a todas las víctimas de la provincia de Zaragoza, no sólo de la capital. La atención estaba centrada en las mujeres y no incluía a otras personas de su entorno afectadas por la violencia de género, como por ejemplo sus hijos o hijas.

En Julio del año 2000 entró por primera vez en vigor el Convenio firmado entre el Ministerio de Justicia y el Consejo General de la Abogacía Española de fecha 29 de Junio de 2000, cuyo objetivo era la implantación en los Colegios de Abogados de Servicios de Asistencia Jurídica Especializada a Víctimas de Violencia Doméstica, sin distinción de sexo, creándose un Servicio de Guardia Permanente, de forma experimental, en diez ciudades españolas entre las que se encontraba Zaragoza. También exigía la implantación en todos los Colegios de Abogados de servicios de asesoramiento especializado, así como en su caso los servicios de guardia permanente anteriormente mencionados para la asistencia a víctimas de malos tratos en el entorno familiar y turnos de oficio especializados, que



serían atendidos todos ellos por Abogados/as con formación específica.

El sistema de guardia se instauró, de acuerdo a lo contemplado por el Convenio en su cláusula segunda, en diez ciudades con carácter experimental, entre ellas Zaragoza. Su objeto era prestar asistencia y orientación jurídica a la víctima con carácter inmediato, acudiendo al lugar en el que se encontrara y acompañándole en su caso ante las instancias policiales o judiciales que resultaran pertinentes (Cláusula segunda del Convenio firmado en fecha 29 de junio de 2000 entre el Ministerio de Justicia y el Consejo General de la Abogacía española).

Dichos servicios ya se prestaban desde 1993 en Zaragoza, de modo que el convenio con el Ministerio de Justicia supuso para Zaragoza capital un refuerzo y ampliación para un ejercicio más eficaz y completo de la labor profesional de la abogacía, ya que facultó la asistencia letrada en los juicios de faltas, ejerciendo además la acusación particular con cargo a los fondos del Turno de Oficio, en aquellos supuestos en que las víctimas tuviesen derecho al beneficio de la Justicia Gratuita.

Si la víctima quería iniciar trámites judiciales se la debía informar de los trámites a seguir para la obtención del beneficio de justicia gratuita y si éste le era concedido se le nombraba un abogado/a dentro del turno de oficio especializado constituido al efecto. La víctima tenía derecho al nombramiento de abogado/a de oficio aun cuando se tratase de supuestos en los que no era preceptivo la intervención de Letrado/a (juicios de faltas). Así, tal y como hemos dicho, con esta cláusula se superó el problema existente relativo a las designaciones de abogado/a como acusación particular para los juicios de faltas, ya que al no ser preceptivo, el turno de oficio no tenía por qué abonar dicha intervención. Adicionalmente, en las diez ciudades en las que experimentalmente se im-

plantó el sistema de guardias funcionaron, conforme estaba previsto, las asesorías especializadas.

3. UNIDAD DE DEFENSA

En aplicación del principio de “unidad de defensa” el Colegio de Abogados de Zaragoza reorganizó el funcionamiento de los distintos Servicios del Turno de Oficio, a fin de que fuese el mismo Letrado/a quien asistiese a la víctima en todos los procedimientos que se originasen como consecuencia de la agresión sufrida (juicios penales por delito, juicios de faltas, adopción de medidas en relación con los hijos/as y procedimientos de familia). La experiencia demostró que, a partir de este momento y de la intervención letrada especializada con unidad de defensa, se consiguió una mayor implicación y dedicación de los jueces/zas y fiscales en la protección de los derechos de las víctimas, y una mayor cooperación policial, siendo constatable un cambio positivo en su actitud.

En julio del año 2002 se dio la posibilidad por parte del Ministerio de Justicia de ampliar el número de Colegios de Abogados para prestar el sistema de guardia permanente a once más. En diciembre de 2003, el servicio de guardia permanente funcionaba ya en quince Colegios y se reforzó el presupuesto para que pudiera prestarse en todos aquellos colegios que lo hubieran solicitado y cumplieran los requisitos fijados por la Comisión Mixta de Seguimiento del Convenio. Además, coincidió con la entrada en vigor de la Orden de Protección.

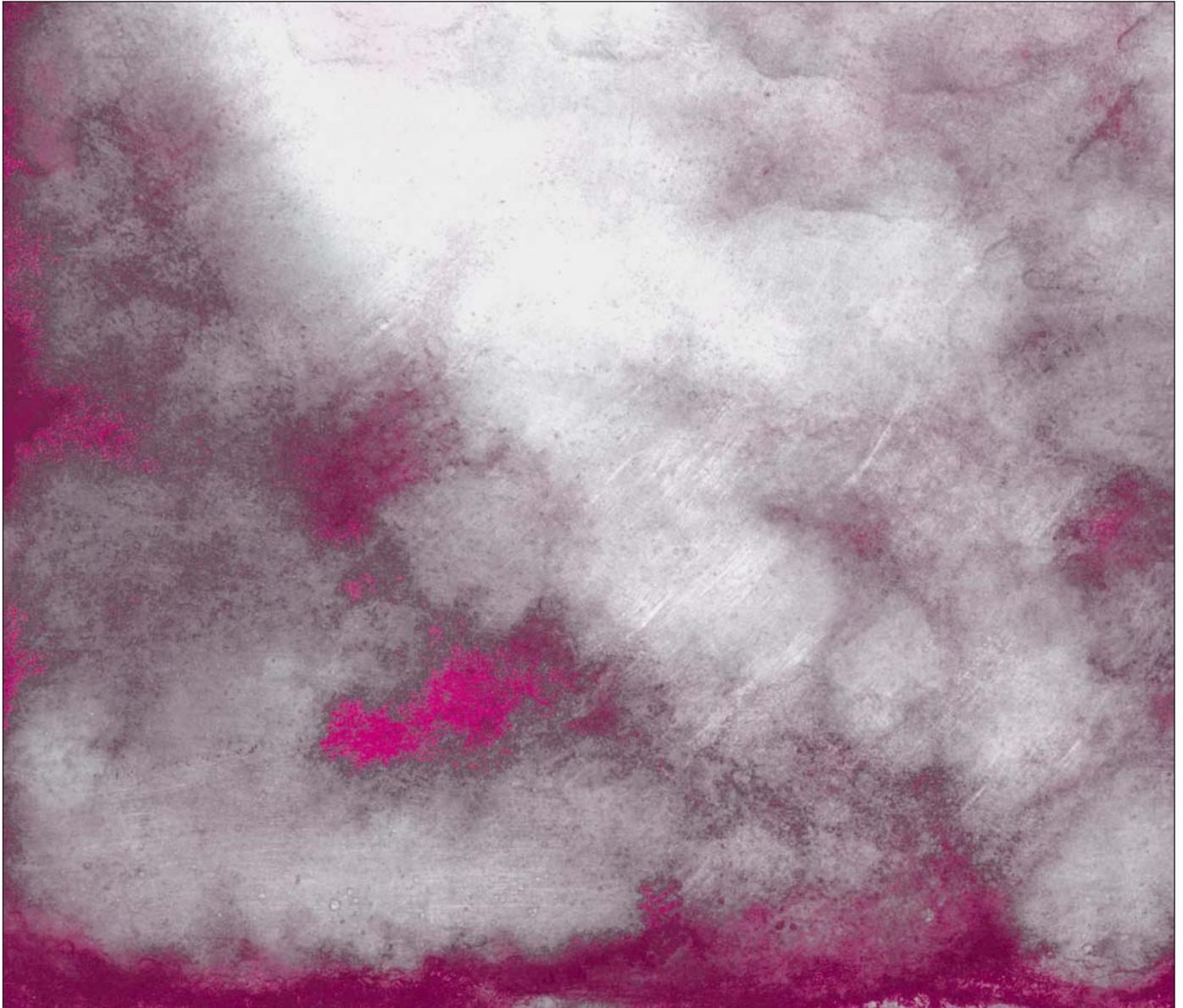
Este Convenio con el Ministerio de Justicia sólo era de aplicación para la ciudad de Zaragoza, por lo que simultáneamente se mantuvo el Convenio firmado con el IAM a fin de cubrir las necesidades de las mujeres del resto de la provincia. El Convenio se renovaba anualmente y en Zaragoza estuvo en vigor hasta julio del año 2005, fecha en que entró en vigor la actual Ley de Medidas de

protección integral contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre.

Así pues, desde el año 1993 en Zaragoza se ha estado prestando asistencia letrada especializada a las mujeres víctimas de discriminación, violencia doméstica o agresiones sexuales por parte de los cincuenta y dos letrados/as integrantes del Servicio de Asistencia a la Mujer del ReI Colegio de Abogados de Zaragoza. Es evidente que la abogacía se ha ido especializando en este tema, máxime en Zaragoza donde el Colegio de Abogados fue pionero en la materia, sobreviviendo este Servicio gracias a los diversos Convenios que el Colegio fue suscribiendo, en un primer momento con el Gobierno de Aragón (IAM) y posteriormente con el Estado (Ministerio de Justicia) para poder contar con un presupuesto mínimo con el que sufragar los gastos del servicio.

Los cincuenta y dos letrados/as que prácticamente desde su inicio han estado adscritos a dicho Servicio han pasado por las diversas reformas legales, así como por la falta de medios para poder desarrollar esta labor, y la incompreensión por parte de la propia policía e instancias judiciales y fiscalía. Sistemáticamente, año tras año, han trabajado voluntariamente, puesto que el abono de los servicios por parte del IAM se realizaba posteriormente a la prestación del servicio. La retribución era de 108 euros por una semana seguida de guardia, que incluía Zaragoza y su provincia. Se carecía de personas asistentes sociales o psicólogos, labor que debían desempeñar los abogados/as con las víctimas encargándose de buscarles alojamiento.

Esta labor ha sido desarrollada por los abogados/as pertenecientes al Servicio excediendo, con mucho, la defensa letrada que es la actividad profesional que les corresponde, a lo que se añadían las dificultades que en el estricto ejercicio de la profesión se encontraban ante la falta de sensibilización por parte de las



fuerzas de seguridad y de las instancias judiciales y fiscales.

Como muestra de estas dificultades, cada denuncia que se interponía recaía en un Juzgado instructor distinto, con la consiguiente dificultad para su seguimiento y visión de conjunto. Para cada denuncia se designaba a un letrado/a distinto del Turno de Oficio de Penal General al que había que poner en antecedentes y coordinar con el resto. No se podía intervenir en los juicios de faltas (entonces eran bastantes) por las razones expuestas. El procedimiento civil era turnado a otro abogado/a del Turno de Oficio de Civil. Y por último, y fuera ya de la estricta defensa jurídica, siempre se acom-

pañó a las víctimas, como se sigue haciendo en la actualidad, al Servicio de Orientación Jurídica para tramitar la solicitud del beneficio de justicia gratuita.

Como consecuencia de su buen hacer profesional, las mujeres que eran asistidas por los abogados/as integrantes del Servicio tenían una extrema confianza con el Letrado/a que desde el primer momento las había ayudado, sin embargo no podían comprender que ese Letrado/a no pudiese defenderlas judicialmente a pesar de que las hubiese guiado en todo, por lo que acababan siendo los “letrados/as en la sombra” que, sin retribución de ningún tipo ni labor reconocida alguna, coordi-

naban a los letrados/as actuantes siempre y cuando éstos tuviesen a bien prestarse a dicha coordinación, recibiendo en su propio despacho y explicando cuantas veces fuese necesario todo a la víctima, facilitando su teléfono móvil personal para que ésta se sintiese segura y los pudiera tener localizados en cualquier momento una vez finalizada la guardia e, incluso, la acompañaban a los diversos juicios sentándose a su lado para su consuelo psicológico y asesoramiento legal. Funciones éstas que jamás entraron en el ámbito de Convenio alguno pero que siempre fueron desarrolladas por los integrantes del Servicio.



Añadir a lo expuesto que por parte del IAM siempre ha estado operativo un teléfono de asistencia a las víctimas, -900 504 405-, funcionando las 24 horas de los 365 días del año. Resaltar la labor de los/as trabajadores/as de dicho teléfono filtro, que son quienes ponen en contacto a la mujer víctima de violencia con el letrado/a de guardia y quienes, por tanto, reciben la llamada en un primer momento.

4. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Desde la entrada en vigor de la actual Ley de Violencia de Género, se ha constituido un Turno de Oficio específico de Violencia de Género al que, tras la asistencia a un curso de formación, han accedido todos aquellos Abogados/as que cumplen los requisitos ordinarios impuestos por el Colegio para el acceso al Turno de Oficio (genéricamente, tres años continuados como colegiado en ejercicio). No obstante, cada guardia de veinticuatro horas se compone por un/a jefe/a de guardia que distribuye y organiza el servicio (con la exigencia de que lleve colegiado un mínimo de cinco años continuados en ejercicio), dos Letrados/as del turno de oficio de violencia de género para Zaragoza capital y provincia, incluyendo Caspe (siempre y cuando no haya Letrados/as voluntariamente disponibles en dicho partido judicial para efectuar el Servicio), un Letrado/a para La Almunia, Calatayud y Daroca, otro para Ejea y Tarazona, y un Letrado/a para Zaragoza y la totalidad de la provincia de violencia doméstica, esto es, el ámbito de protección a la mujer que no comprende la Ley integral de protección estatal y sí la autonómica a través del Convenio del Colegio con el IAM, así, cualquier tipo de agresión que se efectúe contra una mujer en

su entorno familiar, sin tener que ser el agresor físico y/o psicológico su pareja, ex-pareja o ligado por análoga relación de afectividad, así como para todo tipo de agresiones sexuales a una mujer. Estas denuncias se turnan al Juzgado instructor ordinario que por reglas de reparto corresponda.

Siempre se va a ejercer la acusación particular, salvo que la llamada solamente requiera asesoramiento legal y la víctima decida no presentar denuncia, acompañándolas desde el primer momento de la denuncia inicial ante el organismo que se interponga, y también al Servicio de Orientación Jurídica para la tramitación del beneficio de la Justicia Gratuita, y, en virtud del principio de unidad de defensa, haciéndose cargo el mismo letrado/a de todos los procedimientos penales y civiles que se deriven de la problemática de violencia de la víctima, incluida la defensa penal si ésta fuera denunciada a su vez por parte del agresor.

5. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DE LOS LETRADOS ADSCRITOS AL TURNO ESPECIAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO

5.1 Principios inspiradores del Turno especial de Violencia de Género

Los principios que inspiran este turno son:

a El principio de unidad de defensa

Largamente reivindicado por los Abogados/as de oficio y, en virtud del cual una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima en todos los procesos penales y civiles que se inicien como consecuencia de la violencia padecida. La Ley Integral 1/2004, en su artículo 20, extiende dicha unidad de defensa a todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en dicha violencia.

Artículo 20

Asistencia jurídica.

1. Las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por Abogado/a y Procurador/a en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida.

En estos supuestos una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima.

En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán abonar al abogado/a los honorarios devengados por su intervención.

2. En todo caso, cuando se trate de garantizar la defensa y asistencia jurídica a las víctimas de violencia de género, se procederá de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
3. Los Colegios de Abogados, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, asegurarán una formación específica que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género.
4. Igualmente, los Colegios de Abogados adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de letrado/a de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género.



b
El principio de asistencia inmediata y por personal especializado

Conlleva la obligatoriedad de que los Letrados y Letradas adscritos a este Turno deban realizar todos los cursos que a tal efecto pudieran organizarse por el Colegio de Abogados.

c
El principio de coordinación

Recogido en el texto de la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 2, en virtud del cual, y como medida de actuación para la prevención y erradicación de este tipo de violencia, se hace preciso la actuación conjunta de todos los poderes públicos, instituciones públicas o privadas y demás organizaciones u organismos con competencias específicas en este tipo de violencia, a través de la coordinación de los recursos e instrumentos existentes.

5.2
Funcionamiento de la Guardia

La Guardia tendrá una duración de 24 horas dando comienzo a la hora establecida para cada partido judicial, el REICAZ (Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza), los ha establecido desde las 14,00 horas del día del inicio hasta las 14,00 horas del día de la finalización.

Esta guardia es a requerimiento, por lo que el Letrado o Letrada no tiene la obligación de permanecer en las dependencias judiciales, si bien deberá estar localizable y a disposición del Juzgado o Centro de Detención que lo requiera.

Una vez finalice la jornada laboral del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, deberá ser avisado por el Juzgado de Guardia de Detenidos, o centro de detención, a fin de asis-

tir a la víctima de violencia de género.

Por tanto, esta guardia especial se prestará en los siguientes órganos judiciales:

a
 Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en días laborables y durante las horas de audiencia, asistiéndose a las mujeres víctimas de violencia de género;

b
 Juzgado de Guardia de Detenidos, donde se asistirá a cualquier víctima, ya sea de violencia de género o de violencia doméstica;

c
 Juzgado de faltas rápidas.

Si estos tres Juzgados, reclamasen la presencia del Letrado/a de guardia de forma simultánea, tendrá preferencia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

5.3
Actuaciones del Letrado/a en la defensa por Turno de Oficio

a
Presencia en la interposición de la primera denuncia, bien en Comisaría bien ante el Juzgado, y en su caso ratificarla en dependencias judiciales

En esta actuación es muy importante una previa entrevista con la víctima para obtener cuantos datos sean precisos (personales, económicos y familiares, si hay denuncias anteriores, si existen partes de lesiones, si ha habido agresiones no denunciadas, posibles testigos, y otros) que permitan, caso de solicitar la Orden de Protección Integral, pedir las medidas de carácter penal y civil más adecuadas, y solicitar, en su caso, la tramitación del asunto como diligencias previas.

b
Comparecencia para la adopción de la Orden de Protección Integral

La Orden de Protección Integral, puede solicitarse tanto en Comisaría como en el Juzgado. De solicitarse la misma en el Juzgado de Guardia de Detenidos corresponde a éste la resolución de las órdenes de protección que se presenten fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, remitiendo posteriormente la causa al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

La comparecencia prevista en el art. 544 ter aptdo. 4 de la LECrim. para la adopción de la Orden de Protección puede celebrarse en un plazo máximo legal de 72 horas, por lo que de no poder celebrarse en el mismo día de la guardia, el Letrado/a vendrá obligado a acudir en el día y hora que se señale; debiendo en este caso solicitar que se adopten al menos las medidas más urgentes para asegurar la protección de la víctima, tales como el alejamiento a través de la comparecencia prevista en el art. 544 bis de la LECr.

Obtenido el Auto concediendo la Orden de Protección Integral, y si en el mismo se hubiesen adoptado medidas civiles, deberá solicitarse su ratificación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en el plazo de 30 días establecido en el art. 544 ter- aptdo. 7 de la LECr.

Se informará a la víctima que puede entregar una copia del Auto otorgando la Orden de Protección Integral en la Casa de la Mujer perteneciente al Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza al objeto de la tramitación de las correspondientes ayudas de carácter económico y social a las que pudiera tener derecho. Dichas ayudas se están tramitando por parte de los servicios sociales.

c
Incidencias posteriores a la primera actuación del Letrado/a

El Letrado/a estará obligado por el principio de unidad de defensa, a



prestar asistencia a la víctima ante cualquier incidencia que se produjera con posterioridad a la primera, tales como un incumplimiento de la orden de alejamiento, otro acto violento del agresor o cualquiera similar.

Dicha obligación cesará, transcurridos dos años desde que se dicta Sentencia; no obstante, transcurrido esos dos años, en caso de nuevo incidente, la víctima deberá instar nuevamente el beneficio de justicia gratuita para la designación de Letrado/a. Es un criterio objeto de debate.

d

Procedimiento en los que el Letrado/a tiene la obligación de intervenir

Se tiene obligación de asumir la defensa de la víctima en todo procedimiento penal que se derive de la interposición de la denuncia: diligencias urgentes, diligencias previas y juicios de faltas, siempre y cuando la víctima muestre su conformidad a personarse como acusación particular.

Si la víctima, tras la interposición de la denuncia, con petición o no de orden de protección y con independencia de si por el Juzgado se acuerdan o no medidas de carácter civil, quisiera iniciar los trámites de su separación, divorcio, nulidad o en caso de no existir matrimonio, regular las relaciones paterno-filiales respecto de los hijos/as menores o incapaces (alimentos, guarda y custodia, régimen de visitas), se estará obligado, por el principio de unidad de defensa a iniciar el procedimiento correspondiente, salvo que ya estuviese actuando otro abogado/a designado con anterioridad.

También se estará obligado a instar la ejecución judicial por incumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, salvo que no hubiesen transcurrido más de dos años desde la firmeza de la resolución judicial en primera instancia, en cuyo caso, el instar la correspondiente demanda ejecutiva será obligación del Letra-

do designado de oficio en su día (art. 31 de la Ley 1/96, de 10 de enero reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita).

La intervención en todas estas actuaciones deberán comunicarse por escrito, a la mayor brevedad posible, a la Comisión del Turno de Oficio, remitir a la víctima al SOJ (Servicio de Orientación Jurídica), para que sea ella la que presente la documentación, acompañada de un escrito del Letrado/a en el que se haga constar que se va a hacer cargo de la dirección técnica del asunto, por el principio de unidad de defensa y acompañando la documentación correspondiente (Impreso de Justicia Gratuita debidamente firmado y cumplimentado en todos sus anexos, documentación que acredite la situación económica de la víctima: tres últimas nóminas, certificados de pensiones, etc.).

e

Víctimas extranjeras

Cuando la víctima estuviese en posesión de permiso de residencia por reagrupación familiar dependiente del cónyuge agresor, y por el Juzgado se dictase Auto concediéndole la Orden de Protección Integral, deberá ser informada de que con dicho Auto, de conformidad con el art. 19.1 de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO 14/2003, puede obtener una autorización de residencia independiente de su cónyuge pidiendo igualmente que los hijos/as comunes, sobre los que ostente la guarda y custodia, pasen a depender de su nuevo permiso, en virtud de lo que dispone el art. 41.3 del RD 2393/2004.

Si la víctima se encontrase en situación irregular, el artículo 45.4.a del Reglamento de la Ley de Extranjería permite conceder una autorización de residencia por motivos humanitarios, siempre que haya recaído sentencia por delito de conductas violentas en el entorno familiar. La solicitud podrá presentarse una vez se haya dictado Orden

de Protección con invocación del art. 46.3 del RD 2393/2004.

Para todos estos trámites se podrá derivar a la víctima al SAOJI (Servicio de Asistencia y Orientación Jurídica al Inmigrante), del Colegio de Abogados de Zaragoza.

6. CUESTIONES PRÁCTICAS SUSCITADAS TRAS LA IMPLANTACIÓN DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Así, desde una perspectiva de los derechos de las víctimas y de la defensa de las mismas hay algunas cuestiones que tras la implantación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no han sido del todo resueltas.

6.1

Sentencias de conformidad, archivo y sobreseimiento de la denuncia, quebrantamiento de la medida cautelar

a

Sentencias de conformidad

En las Sentencias de conformidad el Juzgado de Violencia sobre la Mujer resuelve sobre la suspensión o no de la ejecución de la pena privativa de libertad, pero tanto la reparación a la víctima como el tratamiento rehabilitador se deja en manos del Juzgado de lo Penal competente para las ejecuciones, lo que supone una dilación con respecto al cobro de las indemnizaciones, en los pocos casos que han sido reconocidas en la Sentencia.

b

Archivo y sobreseimiento de la denuncia

Los casos en que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer archiva o sobresee por no considerar los hechos constitutivos de ilícito penal, la inhibición al Juzgado de Familia para la tramitación del proceso civil se ralentiza, provocando una indefensión en la solicitante ya que casi



siempre que hay archivo no suele haber Orden de Protección, y por tanto, la solicitante se encuentra con que nada se resuelve en cuanto a medidas civiles, pero tampoco puede acudir al Juzgado de Familia hasta tanto se dicte resolución de archivo o sobreseimiento e inhibición.

c

Quebrantamiento de la medida cautelar

Respecto a la tramitación del tipo penal de quebrantamiento de medida cautelar, resulta que estos Juzgados de Violencia sobre la Mujer se han declarado incompetentes, lo que no deja de ser una paradoja ya que son estos Juzgados los que tienen que acordar las medidas cautelares más gravosas para el imputado. Sin embargo, el quebrantamiento va a recaer en un Juzgado instructor ordinario.

6.2

Asesoramiento previo, Servicios Sociales y retirada de la denuncia

a

Asesoramiento previo

Desde las comisarías y la Guardia Civil no se avisa al Letrado/a en multitud de ocasiones para prestar la asistencia a la víctima antes de la interposición de la denuncia, sino que se le avisa para comunicarle ya la fecha para el Juicio Rápido, una vez redactada la denuncia y solicitada la orden de protección sin asistencia letrada. Esto provoca muchos problemas cuando las mujeres luego quieren retirarla y desconocen las consecuencias legales de haberla interpuesto: detención inmediata y noche en el calabozo del denunciado hasta su puesta a disposición judicial al día siguiente, intervención automática por ministerio de la ley del Ministerio Fiscal en orden a sostener la acusación, así como las implicaciones que conlleva en orden al alejamiento.

b

Servicios Sociales

Los Servicios Sociales actúan técnicamente pero no acompañan a la mujer en los procesos judicial, familiar, personal, económico y administrativo a que da lugar la denuncia. La víctima se ve obligada a contar su vida un montón de veces en distintos organismos. Es más, sería necesaria la asistencia psicológica previa antes de interponer la denuncia. No hay ayuda económica inmediata (pago de alquiler, luz, gas, alimentación, etc.) con lo que estos problemas se añaden a la situación traumática por la que está pasando la víctima, lo que a veces influye indudablemente en su decisión de retomar la relación con el agresor. La Ley Orgánica 1/2004 recoge una serie de ayudas que efectivamente son válidas pero no son suficientes.

c

Retirada de la denuncia

No afloran muchos casos de maltrato habitual (casos graves). El exceso de tipificación (convertir las antiguas faltas en delitos), está banalizando el problema y en algunos casos se está acudiendo a la vía penal, puesto que esta tipificación se lo permite, en solitud de una excesiva intervención en problemas que son familiares y sociales. Por el contrario, muchas veces detectamos un grave peligro y no podemos actuar ni revelar lo que se nos ha contado por razón de nuestra profesión si la señora no nos autoriza, quedando los/as menores expuestos a la decisión de su madre de callar y volver con el agresor sin interponer denuncia o retirándola, culpabilizando, por ende, muchas veces al Letrado/a de ser el responsable que le ha inducido a interponer la denuncia contra su voluntad.

Aún cuando la víctima ha retirado la denuncia expresamente y no hay más prueba de incriminación contra el imputado que su palabra, la Fiscalía presenta cargos y obliga a celebrar el Juicio, acogiéndose durante su celebración la denunciante y el

denunciado a su derecho a no declarar, con lo cual resulta absuelto este último por falta de pruebas, agotando inútilmente los ya de por sí escasos recursos de la administración de Justicia y de cuantos trabajan en ella.

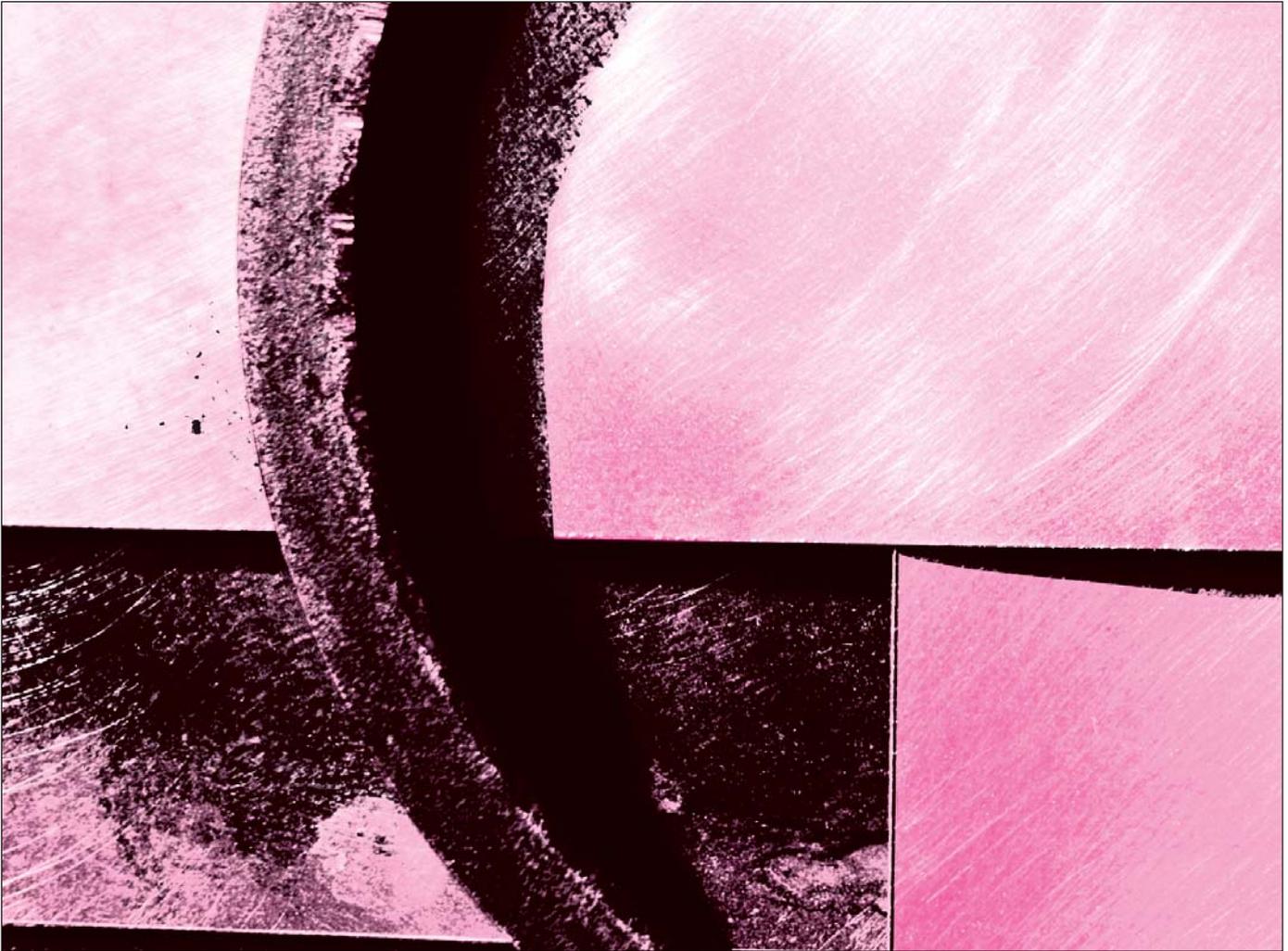
Por último, resaltar el problema que la denuncia por violencia de género acarrea para la población inmigrante. Si hay un parte de lesiones, aun cuando éstas no sean de carácter grave, la Fiscalía probablemente obtendrá una condena penal por delito, aunque la mujer se acoja a su derecho a no declarar en el Acto del Juicio Oral. En muchas ocasiones el motivo ha sido una discusión que tanto la víctima como el denunciado quieren circunscribir al ámbito privado, puesto que ambos se han agredido mutuamente, presentando lesiones los dos de carácter leve y sin que, por su acervo cultural, lo consideren un ilícito, negándose desde el primer momento a presentar denuncia, pero haciéndolo la policía que ha acudido alertada por los vecinos, que lleva a la mujer al hospital, obteniendo un parte de lesiones que se adjunta a la denuncia formulada por los agentes actuantes.

Todo ello va a suponer el quebranto de esa familia puesto que, al tener antecedentes penales, no podrá obtener o renovar la tarjeta de residencia y trabajo el cabeza de familia, por lo que se le expulsará del país, dejando a la familia en una situación económica precaria y rompiendo la unidad familiar. Consecuencias que jamás fueron buscadas por la mujer, que nunca quiso denunciar y que en ningún momento se ha sentido víctima de violencia de género por parte de su pareja.

6.3

Juzgados Instructores

Antes de la entrada en vigor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en los Juzgados de Instrucción ordinarios, en ocasiones, daba la impresión de que el Letrado/a de la víctima era una auténtica “moles-tia”, la sensibilización que se consiguió en un primer momento dio



paso a una especie de rutina y falta de compresión hacia las víctimas, ya que originaban una gran cantidad de trabajo y un elevado número decidían retirar la denuncia tras haberse efectuado todo el trabajo por parte del Juzgado Instructor.

Hubo un gran problema con el Juzgado de Instrucción núm. ONCE de los de esta Ciudad. Se le atribuyeron durante casi dos años todos los casos de violencia de género, en tanto en cuanto se ponía en marcha el Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. UNO en enero de 2007, al mismo tiempo que se le obligó a funcionar como un Juzgado Instructor ordinario. Aunque se pusieron un Juez/a y un Secretario/a de refuerzo, el colapso fue total. En la práctica estaba de guardia cada once días como un Juzgado instructor ordinario con sus correspondientes Juicios Rápidos, se le re-

partían por parte del Decano los temas que le correspondían por normas de reparto igual que al resto de los Juzgados de Instrucción y además, estaba de Juicios Rápidos de violencia de género de lunes a viernes, llevando además los temas de familia que de estos dimanaban. Desde el mes de enero del año 2007, es un Juzgado instructor ordinario pero todavía pesa sobre él un importante cúmulo de asuntos pendientes.

Añadir a lo expuesto que a partir de dicha fecha, dicho Juzgado se negó a tramitar los asuntos civiles que no estuviesen ya en trámite. Finalmente, el Juzgado Decano resolvió que sí era competente si había conocido del asunto penal aunque no estuviese interpuesto el procedimiento civil antes del mes de enero pero, lamentablemente, este criterio sostenido por dicho Juzgado supuso un retra-

so de meses en la tramitación de las causas civiles de las víctimas ante el, permítasenos, “baile” de inhibiciones entre dicho Juzgado, los de Familia y los de Violencia sobre la mujer, mientras el Letrado/a asistía impotente al mismo.

Actualmente en Zaragoza existen Juzgados de Instrucción que se niegan a dictar Orden de Protección (en fin de semana los dos Juzgados de Violencia sobre la Mujer no están de guardia con lo que, aunque el Juicio Rápido se señale para el lunes siguiente ante dichos Juzgados, en un primer momento conoce el Juzgado de Instrucción ordinario que esté de guardia) puesto que dicen no ser competentes, entendemos, en contra de lo dispuesto en la Ley Orgánica. Se limitan a dictar la medida cautelar de alejamiento y prohibición de aproximación y comunicación prevista en el artículo



544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero se niegan terminantemente a celebrar la comparecencia de la Orden de Protección prevista en el artículo 544 ter de la Ley ritual. Añadir a lo expuesto que cada semana está de Juicios Rápidos uno de los dos Juzgados de Violencia sobre la mujer, y ambos se niegan a dictar la Orden de Protección por considerar que no es competente y que debería haberlo efectuado el Juzgado Instructor de guardia. Como respuesta jurídica, se recomienda que el Letrado/a de la víctima interponga un recurso por incongruencia omisiva y, mientras tanto, la víctima se queda sin medidas civiles y sin poder optar a las ayudas que la Ley prevé puesto que se conceden solamente mediante la Orden de Protección.

También en Zaragoza capital, hay Juzgados de Instrucción que no permiten al Letrado/a de la víctima personarse como acusación particular si no está asistida por Procurador/a. El problema se plantea una vez más durante el fin de semana, cuando el Colegio de Procuradores está cerrado. Hay que tener en cuenta que al ser un Turno de Oficio no se puede designar un Procurador/a cualquiera, sino que tiene que ser aquel que por lista de Turno de Oficio de entre los adscritos al mismo corresponda. Así pues, se vea el poder intervenir en defensa de la víctima por una cuestión de técnica procesal. La LO 1/2004 se ha olvidado de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este sentido, si bien es cierto que la falta de Procurador/a es un defecto que podría subsanarse en cualquier momento, pero con la redacción literal de la Ley de Enjuiciamiento no cabe la personación.

7. CONCLUSIÓN

La labor del Gobierno de Aragón, a través del Instituto Aragonés de la Mujer, ha sido puntero en la protección hacia las mujeres víctimas de violencia y ha posibilitado que los diversos profesionales implicados en

la labor de erradicar la violencia hacia las mujeres pudieran actuar; no sólo abogados/as, los profesionales que asisten el teléfono permanente de guardia (900 504 405), trabajadores sociales, psicólogos y, por supuesto, todo el personal del IAM.

Los cincuenta y dos Letrados y Letradas pertenecientes al SAM siguen prestando este servicio y además están integrados en el Turno de Oficio de Violencia de Género y en las Jefaturas de Guardia del mismo, –junto con el resto de los compañeros/as de dicho turno de oficio–, amén de que todos/as, además, pertenecen al Turno de Oficio de Penal General para Zaragoza y provincia en las localidades en

que dicho servicio no se halla cubierto (cada veinticuatro horas, dos Letrados/as para asistir a los juicios rápidos, dos para penal general, uno para menores y uno para extranjería, además del Jefe de Guardia que los coordina y se encarga del penal especial) y a sus Jefaturas de Guardia.

Así pues, los Letrados/as están altamente especializados en materia de violencia de género, ejerciendo bien la acusación particular bien la defensa, conforme a los criterios de especialización que se han impuesto para el acceso al Turno de Oficio específico de Violencia de Género creado a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de 2004.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

Material diverso

Documentación del Consejo General de la Abogacía Española.

Documentación del Servicio de Asistencia a la Mujer del ReI Colegio de Abogados de Zaragoza.

Material legislativo

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de reforma del Código Penal de 1973.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, mediante la que se aprueba el Código Penal vigente.

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, mediante la que se modifica el delito de violencia doméstica.

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita.

Reglamento de asistencia jurídica gratuita: RD 996/2003, de 25 de junio modificado por Real Decreto 1455/2005 de 2 de diciembre.

Ley 4/2007, de 22 de marzo, de prevención y protección integral a las mujeres víctimas de violencia en Aragón.

HUESCA

E-mail: iamhu@aragon.es

- **ALTO GÁLLEGO**
Secorum, 35. Teléfono 974 480 376 – 974 483 311. Sabiñánigo.
- **BAJO CINCA/BAIX CINCA**
Avda. de Navarra, 1. Teléfono 974 472 147. Fraga.
- **CINCA MEDIO**
Avda. del Pilar, 47. Teléfono 974 415 973 – 974 403 593. Monzón.
- **HOYA DE HUESCA**
Ricardo del Arco, 6. Teléfono 974 293 031. Huesca.
- **LA JACETANIA**
Ferrocarril, s/n. Teléfono 974 356 980. Jaca.
- **LA LITERA/LA LLITERA**
Doctor Fleming, 1. Teléfono 974 431 022. Binéfar.
- **LOS MONEGROS**
Avda. Huesca, 24 (pasaje comercial). Teléfono 974 570 701. Sariñena.
- **RIBAGORZA**
Ángel San Blacat, 6. Teléfono 974 541 183. Graus.
- **SOBRARBE**
La Solana, s/n. Teléfono 974 518 026. Aínsa.
- **SOMONTANO DE BARBASTRO**
P.º de la Constitución, 2. Teléfono 974 310 150. Barbastro.

TERUEL

E-mail: iamteruel@aragon.es

- **ANDORRA-SIERRA DE ARCOS**
Pº de las Minas, esquina C/ Ariño, 1. Teléfono 978 843 853. Andorra.
- **BAJO ARAGÓN**
Ciudad Deportiva, 1 bajos. Teléfono 978 871 217. Alcañiz.
- **BAJO MARTÍN**
Lorente, 45. Teléfono 978 820 126. La Puebla de Híjar.
- **CUENCAS MINERAS**
Escucha, s/n. Teléfono 978 756 795. Utrillas.
- **GÚDAR-JAVALAMBRE**
Hispanoamérica, 5. Teléfono 978 800 008. Mora de Rubielos.
- **JILOCA**
Avda. de Valencia, 3. Teléfono 978 731 618. Calamocho.
- **MAESTRAZGO**
Ctra. del Pantano, s/n. Teléfono 978 887 574 – 978 887 526. Castellote.
- **MATARRAÑA/MATARRANYA**
Avda. Cortes de Aragón, 7. Teléfono 978 890 882. Valderrobres.
- **SIERRA DE ALBARRACÍN**
Catedral, 5. Teléfono 978 704 024. Albarracín.
- **TERUEL**
San Francisco, 1, planta baja. Teléfono 978 641 050. Teruel.

ZARAGOZA

E-mail: iam@aragon.es

- **ARANDA**
Castillo de Illueca. Teléfono 976 548 090. Illueca.
- **BAJO ARAGÓN-CASPE/BAIX ARAGÓ-CASP**
Plaza Compromiso, 89. Teléfono 976 639 078. Caspe.
- **CAMPO DE BELCHITE**
Ronda de Zaragoza, s/n. C. S. La Granja. Teléfono 976 830 175. Belchite.
- **CAMPO DE BORJA**
Mayor, 17. Teléfonos 976 852 028 – 976 852 858. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**
Avda. Goya, 23. Teléfono 976 622 101. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**
Mayor, 60-62. Teléfono 976 545 030. Daroca.
- **CINCO VILLAS**
Justicia Mayor de Aragón, 20, 1º. Teléfono 976 677 559. Ejea de los Caballeros.
- **COMUNIDAD DE CALATAYUD**
San Juan El Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.
- **RIBERA ALTA DEL EBRO**
Arco del Marqués, 10. Teléfono 976 612 329. Alagón.
- **RIBERA BAJA DEL EBRO**
Plaza de España, 1 bajos. Teléfono 976 165 506. Quinto.
- **TARAZONA Y EL MONCAYO**
Avda. de la Paz, 31 bajos. Teléfono 976 641 033. Tarazona.
- **VALDEJALÓN**
Plaza de España, 1. Teléfono 976 811 759. La Almunia de Doña Godina.
- **ZARAGOZA**
Santa Teresa de Jesús, 30-32. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.
www.aragon.es

EL IAM ofrece Asesorías y Servicios gratuitos que trabajan de forma coordinada para conseguir una asistencia personalizada, integral y eficaz. Funcionan con cita previa.

ASESORÍA JURÍDICA

En principio se orientó el servicio a la atención a mujeres maltratadas y agredidas sexualmente, pero actualmente se atiende todo lo relativo a la discriminación de la mujer en todos los campos de actuación jurídica.

ASESORÍA PSICOLÓGICA

La atención y el trabajo se desarrolla de forma individualizada, ofreciendo ayuda a las mujeres, proporcionándoles tanto información como apoyo psicológico y dotándolas de recursos que les permitan afrontar los conflictos cotidianos.

El trabajo de prevención lo realiza fundamentalmente con la asistencia a reuniones de asociaciones de mujeres, charlas a las mismas sobre temas psicológicos y el desarrollo de cursos y seminarios específicos sobre autoestima, asertividad, habilidades sociales, etc.

ASESORÍA LABORAL iاملaboral@aragon.es

El servicio se presta de manera presencial en las sedes del IAM de Huesca, Teruel y Zaragoza mediante:

- Asesoramiento sobre el mercado de trabajo para la inserción laboral.
- Información sobre la formación para el empleo.
- Asesoramiento jurídico-laboral.
- Jornadas y talleres para la mejora del empleo.
- Servicio de videoexperto: videoconferencia con las oficinas delegadas del Gobierno de Aragón en: Calatayud, Ejea de los Caballeros, Jaca, Calamocho y Alcañiz, para atender las consultas de las personas que viven en el medio rural.
- Boletín electrónico emple@aragon de difusión trimestral a mujeres desempleadas.

ASESORÍA EMPRESARIAL iامza@aragon.es

El servicio se presta de manera presencial en las sedes del IAM de Huesca, Teruel y Zaragoza mediante:

- Asesoramiento empresarial para la creación y el mantenimiento de empresas en Aragón.
- Asesoramiento Planes de Igualdad en Empresas.
- Boletín electrónico inf@empresarias de difusión semanal de noticias de interés empresarial.
- Acciones de motivación: jornadas, talleres y eventos de interés empresarial.
- Servicio de videoexperto: videoconferencia con las oficinas delegadas del Gobierno de Aragón en: Calatayud, Ejea de los Caballeros, Jaca, Calamocho y Alcañiz para atender consultas de las personas que viven en el medio rural.

ASESORÍA SOCIAL

Ofrece información y asesoramiento en los aspectos sociales y coordinación con las diferentes asesorías del IAM y con otras Instituciones. Este servicio se presta en todas las Comarcas del territorio aragonés.

ESPACIO SERVICIO DE ATENCIÓN PSICOLÓGICA A HOMBRES CON PROBLEMAS DE CONTROL Y VIOLENCIA EN EL HOGAR

Atiende hombres residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón, que hayan sido actores de malos tratos a mujeres y niños/as, en el marco de las relaciones familiares o similares, desarrollando con ellos un tratamiento psicológico adecuado. El objetivo es asegurar el bienestar psicológico de las mujeres víctimas de maltrato tanto en caso de separación como de mantenimiento de la relación y prevenir posteriores situaciones violentas.

C O N T E N I D O

Editorial	5
------------------------	----------

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental. Por José Fernando Lousada Arochena. Magistrado especialista del Orden Social. Tribunal Superior de Justicia de Galicia.	6
--	----------

CONSEJO DE EUROPA

Participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público. Recomendación Rec(2003)3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público adoptada el 12 de marzo de 2003 y Memorándum Explicativo.	14
--	-----------

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El modelo marroquí de familia y su incidencia en España a través del ejercicio del derecho a la vida en familia del extranjero residente: especial atención al cónyuge. Por Elena López Barba. Profesora Doctora de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva.	22
---	-----------

DERECHO ESPAÑOL

Legislación

La titularidad compartida: un derecho de la mujer rural. Por Eva M. Blázquez Agudo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III. Madrid.	34
---	-----------

Jurisprudencia

Los períodos de cotización asimilados por parto para las pensiones del SOVI: cambio jurisprudencial a la luz de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Por Djamil Tony Kahale Carrillo. Profesor Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad a Distancia de Madrid.	46
--	-----------

FORO: APORTACIONES DESDE LA PRÁCTICA PROFESIONAL

Víctimas y agresores: un análisis comparado. Por Santiago Boira Sarto. Psicólogo del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas. Centro Penitenciario de Zaragoza. Profesor Asociado de la Universidad de Zaragoza. Y por Alicia Jimeno Aranda. Psicóloga del Instituto Aragonés de la Mujer.	52
---	-----------

El papel de la abogacía de Zaragoza en la defensa de oficio de las víctimas de violencia de género. Por Pilar Marco Novella. Abogada del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.	60
--	-----------