

A E Q U A L I T A S

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 2

OCTUBRE 1999

PERIODICIDAD CUATRIMESTRAL



EN el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, en San Francisco, se declaró la fe "en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas..."

TRES años después, en 1948, se adoptaba la Declaración Universal de Derechos Humanos, afirmándose en la misma que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo..."

EN 1995, en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Pekín, se produjo un salto cualitativo importante en relación a las conferencias previas. Si hasta entonces las mujeres fueron las únicas destinatarias de las líneas de actuación que se proponían, a partir de Pekín se considera que el cambio de la situación de la mujer afecta a la sociedad en su conjunto, que la sociedad del futuro y el pleno desarrollo económico y social no se producirán sin contar con la participación plena de las mujeres y que el tratamiento de las políticas de mujer no puede ser sectorial y tiene que integrarse en el conjunto de las políticas (cuestión del "maestreaming" o "perspectiva de género").

DENTRO de este marco, la Unión Europea ha sido una de las fuerzas impulsoras del cambio de las mujeres en la sociedad, algo que se ha conseguido mediante la legislación comunitaria y a través de cuatro programas comunitarios de igualdad de oportunidades, marco de las políticas públicas de igualdad de los distintos estados.

NO obstante, es necesario que cada estado continúe trabajando por la igualdad real, ya que la total equiparación de derechos en el Ordenamiento Jurídico, todavía no es garantía de la equiparación efectiva en los diversos ámbitos de la vida cotidiana.

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

SUBDIRECTORA

ANA DE SALAS GIMÉNEZ DE AZCÁRATE

Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA DE REDACCIÓN

DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Directora General de Formación Profesional
y Promoción Educativa.
Ministerio de Educación y Cultura.
Profesora Asociada de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad Pompeu Fabra.

SECRETARÍA TÉCNICA

MERCEDES DE ECHAVE

Responsable del Centro de Documentación
y Publicaciones del IAM.

MARÍA JOSÉ FENÉS

Secretaría de la Dirección.

VOCALES

VERÓNICA LOPE FONTAGNE

Abogada y Concejala de Acción Social
del Ayuntamiento de Zaragoza.

JUAN RIVERO LAMAS

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

GABRIEL GARCÍA CANTERO

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

ELISA SIERRA

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

ALTAMIRA GONZALO

Abogada. Miembro del Consejo Rector IAM.

MERCEDES BAYO

Coordinadora del Servicio Jurídico
de Atención a la Mujer. IAM Zaragoza.

MARÍA JOSÉ BALDA

Coordinadora del Servicio Jurídico
de Atención a la Mujer. IAM Huesca.

ANA TRICIO

Secretaría General del IAM.

EDITA:

Instituto Aragonés de la Mujer. Gobierno de Aragón.

Paseo María Agustín, 38. 50004 Zaragoza
Tel. 976 445 211
E-mail: iam@aragob.es

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

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

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

CONSEJO ASESOR

BENJAMÍN BLASCO SEGURA

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

CONCEPCIÓN DANCAUSA

Directora del Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

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

CARMEN ORTIZ LALLANA

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

Profesora Titular de Medicina Legal.
Médica Forense. Psiquiatra.

TERESA PÉREZ DEL RÍO

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

FERNANDO REY

Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad Jaume I de Castellón.
Subdirectora General de Programas del Instituto de la Mujer.
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

AMPARO BALLESTER PASTOR

Profesora Titular 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

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad Carlos III de Madrid.
Letrada del Tribunal Constitucional.

ASUNCIÓN VENTURA

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

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

Psicóloga Jurídica.

JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

CRISTINA SAN ROMÁN

Técnica Jurídica. DGA.

A EQU ALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1

A EQUALITAS 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. 976 761 433. Departamento de Derecho Público).

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/A LIBRO, N. *Título*, lugar de edición, editorial, año, página.

AUTOR/A 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, Asesor u otros/as especialistas cuando se estime oportuno y, en consecuencia, podrán ser aceptados para su publicación.

5

A EQUALITAS no se hace responsable de las opiniones de las/os autores/as de los artículos publicados, ni de posibles variaciones en las programaciones anunciadas.

Comenzamos este segundo número de *AEQUALITAS*, dando nuestra más sincera bienvenida a Ana de Salas en el puesto de Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer y en la subdirección de la Revista. Por otra parte, os informamos de que el Consejo de Redacción ha propuesto a Cristina San Román que se incorpore a nuestro Consejo Asesor, para seguir contando con su experiencia profesional a favor de la igualdad entre mujeres y hombres. Aprovechamos también esta ocasión para agradecerle su iniciativa e impulso en la andadura de *AEQUALITAS*.

A partir del próximo número abriremos en el apartado de Breves una ventana a quienes leéis la revista. Queremos publicar allí las cartas que nos enviéis con comentarios sobre los artículos, preguntas, así como sugerencias de posibles temas a tratar en la revista. Se pretende atender a las necesidades reales y a los problemas jurídicos concretos que se os presentan en la práctica diaria, bien en la abogacía, bien en la Administración de Justicia, o en otros ámbitos, para hacer posible la igualdad real entre mujeres y hombres. De vosotros y vosotras depende hacer posible uno de los objetivos fundamentales de esta Revista, a saber: el de crear un foro de discusión vivo entre las y los distintos operadores jurídicos.

Hacemos también un llamamiento para que aportéis comentarios de jurisprudencia relacionada con la igualdad, especialmente a nivel autonómico.

Una cuestión que ocupará varios números de la Revista *AEQUALITAS* es lo que cuestan diferencialmente los hijos e hijas al hombre y a la mujer. En este número con más realismo nos hemos preguntado sobre la diferencia en el coste físico, psíquico, de acceso y promoción laboral.

De ahí que incluyamos comentarios doctrinales en materia laboral sobre la nueva regulación del Contrato a Tiempo Parcial, con sus pros y sus contras. También debemos conocer las ayudas económicas que ofrece la legislación española en los casos de parto múltiple. Es evidente la necesidad de arbitrar medidas a nivel legislativo y jurisprudencial para evitar la discriminación laboral por embarazo o medidas laborales positivas protectoras de la madre gestante y de la paternidad.

Hemos querido contar también con dos estudios detallados sobre las recientes Ley aragonesa de Sucesiones y la Ley aragonesa de Parejas Estables, cuyo texto legal transcribimos en el número anterior. Se señalan las novedades que introducen en relación con los cónyuges y otras formas de convivencia, especialmente en sus efectos económicos. Se analiza, desde una perspectiva de género, su especial incidencia en la mujer conviviente frente a la mujer casada, con las novedades con respecto a la regulación foral anterior.

A la espera de la aprobación definitiva de las medidas legislativas para conciliar la vida familiar y laboral, en el Foro de debate se exponen dos opiniones divergentes sobre las semanas de excedencia materna o paterna para el cuidado de hijo o de hija después del parto. Para ello hemos contado con la aportación científica de dos médicas, una especialista en pediatría y otra en ginecología.

Por último, inauguramos la sección dedicada a Mujer y salud con un estudio sobre la violencia doméstica y de género y en Miscelánea anunciamos el Servicio de Atención Psicológica a Maltratadores de reciente creación en el IAM.

María Elósegui Itxaso

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Zaragoza.
Directora de la Revista *AEQUALITAS*

A woman in a dark business suit is walking from left to right. She is pushing a modern, dark-colored stroller with a baby inside. She is also carrying a black folder or bag under her left arm. The background is plain white.

La nueva regulación del Contrato a Tiempo Parcial y el trabajo de la mujer: otra oportunidad perdida

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR
Profesora Titular del Departamento
de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad
de Valencia



EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA FALTA DE UNA ESTRATEGIA GLOBAL

A la altura de diciembre de 1998 las medidas institucionales adoptadas en nuestro país para reforzar la política de igualdad de oportunidades seguían careciendo de una estructura global. Aunque las directrices comunitarias de empleo para 1998 configuraban unitariamente todo un bloque IV dirigido a combatir la discriminación entre hombres y mujeres, a conciliar la vida laboral con la familiar y a facilitar la reincorporación al trabajo, las medidas adoptadas en nuestro país no habían pasado de constituir meros parches a una normativa general con notables deficiencias. En este contexto se enmarcaba la bonificación del 100% en la cotización empresarial a la Seguridad Social por la contratación de personal interino para sustituir a trabajadores/as con su contrato suspendido por razón de maternidad, adopción o acogimiento (RDL 11/1998); la reforma de las profesiones u oficios en los que la mujer se encontraba subrepresentada a efectos de la aplicación de la bonificación correspondiente (OM de 18 de septiembre de 1998); la reforma del plan de bonificaciones a la contratación de mujeres para 1999 (DA 43 de la ley 50/1998); o la tipificación como infracción

administrativa muy grave del acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial (art. 37 de la ley 50/1998).

Reformas todas ellas necesarias pero insuficientes, al menos desde la perspectiva del “mainstreaming” introducido en el último programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades,

y que obliga a una consideración globalizada de las políticas de igualdad de oportunidades, que abarque cualquier vertiente de la realidad normativa y social. Desde esta perspectiva fragmentada y puntual, alejada de una estrategia igualitaria global se entiende el limitado alcance de la reforma del Contrato de trabajo a Tiempo Parcial.

LOS OBJETIVOS DEL RDL 15/1998: FLEXIBILIDAD Y VOLUNTARIEDAD

En el párrafo sexto de la exposición de motivos del RDL 15/1998 podía leerse: “... se atiende a la configuración de un marco jurídico del trabajo a tiempo parcial que no sólo sea sensible a las necesidades de mejora del funcionamiento del mercado de trabajo, sino que, en plena coherencia y conforme a lo previsto sobre fomento de la estabilidad en el empleo en las leyes 63/1997 y 64/1997, se ofrezcan también nuevas respuestas a las cada vez más diversificadas necesidades de carácter personal, familiar, formativo y profesional de los trabajadores y trabajadoras, además de atender de forma adecuada a las exigencias de adaptabilidad de las Empresas. En definitiva, flexibilidad empresarial y voluntariedad social son los dos polos que persigue armonizar una normativa sobre trabajo a tiempo parcial que pretende a su vez ser desarrollo de la directiva comunitaria 97/81 también sobre trabajo a tiempo parcial. Un equilibrio imposible al que se suma la dificultad aplicativa real del texto español por la negativa empresarial a suscribir el pacto que precedió al RDL 15/1998.

LOS OBJETIVOS DE LA NORMA ESPAÑOLA Y LOS OBJETIVOS DE LA NORMA COMUNITARIA: NUEVAS CONTRADICCIONES

Pero ni siquiera puede decirse que, en este contexto, la normativa española constituya un desarrollo adecuado (al menos desde el punto de vista de los objetivos implícitos) a lo preten-

dido por la directiva 97/81: esta norma comunitaria fue aprobada al mismo tiempo que la directiva 97/80, sobre la carga de la prueba en los procesos de discriminación por razón de sexo. Las dos directivas de diciembre de 1997 se constituían así como elementos clave en la política antidiscriminatoria comunitaria. De hecho, los aspectos principales de la directiva sobre tiempo parcial gravitaban sobre el aspecto de la voluntariedad en la organización del tiempo de trabajo y sobre la igualdad de trato entre trabajadores/as a tiempo completo y a tiempo parcial (que desde antiguo había exigido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como mecanismo para detener la discriminación indirecta por razón de sexo dada la constatada mayor proporción de mujeres que de hombres ocupando puestos de trabajo a tiempo parcial). La norma española, en contra, incide en los aspectos estrictamente relacionados con la flexibilidad horaria (horas complementarias, consolidación, etc.) en un intento por controlar el emergente trabajo “a llamada”, pero sin tratar apenas el tema de la voluntariedad, que queda con la ambigua e inoperante redacción de la Directiva. En definitiva, la nueva regulación del trabajo a tiempo parcial en nuestro país pese a contar entre sus objetivos el desarrollo de la direc-

**PROBABLEMENTE
UNO DE LOS ELEMENTOS
MÁS PROBLEMÁTICOS
DE LA NUEVA REGULACIÓN
ES EL SISTEMA
DE PREFERENCIAS
PARA LA TRANSFORMACIÓN.**

**NO SE CONTEMPLA
EN LA INCORPORACIÓN
A UN PUESTO DE TRABAJO
DE GRUPO
O CATEGORÍA DIFERENTE.**



tiva comunitaria toma un punto de referencia diferente al del derecho comunitario: la directiva incidía en la voluntariedad de las transformaciones de parcial a completo, en la igualdad de trato e, implícitamente, en la coordinación de responsabilidades laborales y familiares. Ninguno de estos aspectos es desarrollado particularmente por la norma española, que pierde otra vez la perspectiva de que el trabajo a tiempo parcial es desarrollado fundamentalmente por mujeres y que, en este contexto, las garantías horarias en materia de horas complementarias, consolidación, etc., no evitan el forzado abandono de la relación laboral por parte de la mujer trabajadora con responsabilidades familiares a la que no se le ofrecen mecanismos de compatibilización más allá del preaviso de siete días que establece para las horas complemen-

tarias el RDL 15/1998. Es indudable que la reforma normativa ha introducido un elemento de garantía importante, que trata de frenar el trabajo a tiempo parcial con total indeterminación horaria (independientemente de que esta indeterminación ya estaba prohibida por el ordenamiento español con anterioridad a la aprobación de la nueva normativa sobre trabajo a tiempo parcial). Debe resaltarse, con todo, que la reforma normativa no va a contribuir particularmente a permitir una compatibilización mayor entre trabajo doméstico y laboral, a disminuir la rotación laboral del trabajo femenino, a aumentar sus posibilidades de promoción, a disminuir su tasa de desempleo o a terminar con la segregación laboral.

Destacadas las carencias de la nueva normativa sobre trabajo a tiempo parcial integrada en una (nunca elaborada) política de igualdad de oportunidades, destacar seguidamente aquellos aspectos del RDL 15/1998 que específica (aunque implícitamente) inciden en el trabajo de la mujer. No trataré, por ello, las grandes innovaciones conceptuales y normativas que introduce la norma sobre trabajo a tiempo parcial y que afectan a la vertiente de la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, sino tan solo los aspectos de la normativa relacionados con la voluntariedad en la transformación y con los beneficios de seguridad social. Debe resaltarse, con todo, que en el contexto descrito, la nueva regulación de la organización horaria asentada en el pacto formalizado previo de las horas complementarias, en sus límites, su distribución, preaviso, etc., constituye una importante garantía (pese a su dudosa aplicabilidad) para la contención del trabajo “a llamada” por lo que indudablemente repercute en la mejora de las condiciones de trabajo del gran número de trabajadoras que se encuentran en situación de trabajo a tiempo parcial con indeterminación horaria (si bien incide muy limitadamente en la problemática de la compatibilización).

ALCANCE DE LA VOLUNTARIEDAD

Varios son los aspectos que podrían sintetizar el principio de voluntariedad configurado en el RDL 15/1998: la conversión del contrato de trabajo a tiempo completo en parcial o viceversa tendrá que ser siempre voluntaria, por lo que ni puede aplicarse por medio del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET, ni puede el trabajador/a ser sancionado/a por negarse a la transformación (sin perjuicio de la posibilidad de que cuando concurrieran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se procediera a la correspondiente extinción en aplicación de lo establecido en los art. 51 y 52 c. del ET) (art. 4.e. primer párrafo del RDL 15/1998): esta redacción termina con la larga polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a la posibilidad de que por la vía del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (desprovisto de las principales garantías procedimentales y causales tras la reforma estatutaria de 1994) pudiera procederse a la transformación de un contrato a tiempo completo en parcial o viceversa. Tan solo el pacto entre empresa y trabajador/a admitiría la modificación, lo cual constituiría una regulación razonable si no fuera por que abierta la posibilidad de extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre puede ser posible que se utilice por la empresa como moneda de cambio para forzar el acuerdo sobre transformación. En definitiva, la voluntariedad en la transformación está considerablemente matizada por esta regulación que, si bien tenía sentido como redacción de una directiva, por definición y tradición forzosamente ambigua, no lo tiene tanto cuando se transcribe literalmente como regulación interna.

Se establece la obligación de información de la empresa a los trabajadores/as de la misma acerca de los puestos de trabajo vacantes a efectos de posibles solicitudes de conversión de tiempo completo en tiempo par-

TAMPOCO SE PREVÉ LA PREFERENCIA EN LA TRANSFORMACIÓN CUANDO SE PRETENDE PASAR DE COMPLETO A PARCIAL TRAS UN TIEMPO DE ANTIGÜEDAD DE TRES AÑOS.

PUEDEN QUEDAR CONDICIONADAS EN MATERIAS DE PLAZOS, PROCEDIMIENTOS ADICIONALES... POR LO ESTABLECIDO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES O EN SU DEFECTO DE ÁMBITO INFERIOR.

cial o viceversa, así como para incrementar la jornada del trabajador/a a tiempo parcial, todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior: varios aspectos llaman la atención en la redacción de este párrafo segundo del art. 12.4.e del ET (según nueva redacción dada por el RDL 15/1998): en primer lugar, adviértase que al legislar no se ha tenido en cuenta la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo parcial en otro de igual naturaleza pero inferior jornada (que es precisamente un supuesto de concurrencia posible y probable desde la perspectiva de la compatibilización de tareas). En definitiva, se parte de la perspectiva que efectivamente es mayoritaria pero no única, de que el trabajador/a siempre ha de estar interesado en el aumento de jornada, obviando que mecanismos más flexibles y garantistas para la reducción de jornada podrían evitar salidas femeninas forzadas del mercado de trabajo. En el mismo contexto se entiende el gran detenimiento con que el RDL 15/1998 trata el tema de la consolidación de las horas complementarias. Efectivamente, es un tema de interés, pero no más que la jornada flexible desde el punto de vista de la compatibilidad horaria del trabajador/a con responsabilidades familiares, que difícilmente aparece en el texto del RDL. En segundo lugar, adviértase también que las posibilidades reguladoras del convenio colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior, se refieren no sólo al procedimiento de información de la empresa a los trabajadores/as sino también al procedimiento para la solicitud de transformación del contrato por parte del trabajador/a. Y aquí podría plantearse la licitud de cláusulas de convenio que, por ejemplo, condicionaran el derecho al cambio a la concurrencia de plazos (de difícil cumplimiento cuando la causa de la transformación es la enfermedad súbita de un familiar) o que, más comúnmente, establecieran preferencias para el cambio en razón de

argumentos tales como la antigüedad o la naturaleza del vínculo contractual (contratos indefinidos, temporales, tiempo parcial de determinadas características, etc.). Estas posibilidades otorgadas a la negociación colectiva vuelven a obviar de nuevo las posibilidades que, como mecanismo de compatibilidad horaria, tenían los mecanismos de transformación del contrato de trabajo.

Pero probablemente uno de los elementos más problemáticos de la nueva regulación es el sistema de preferencias para la transformación. Según el párrafo tercero del art. 12.4.e. tienen preferencia para ocupar las vacantes del mismo grupo profesional o categoría equivalente, de un lado, los trabajadores/as que soliciten el retorno a la situación anterior después de haber solicitado una transformación voluntaria; y, de otro lado, los trabajadores/as inicialmente contratados a tiempo parcial, que llevarán en tal situación al menos tres años y desearan pasar a ser trabajadores/as a tiempo completo. La regulación de este sistema de preferencias se encuentra condicionado, además, por dos factores: lo que establecieran al respecto los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior; y el hecho de que las solicitudes de transformación “deberían ser tomados en consideración, en la medida de lo posible, por el empresario”. Todo ello hace llegar a las siguientes conclusiones:

- No se contempla la posibilidad de preferencia en la incorporación a un puesto de trabajo de grupo o categoría diferente (aún con la consiguiente reducción salarial). Tampoco se prevé la preferencia en la transformación cuando se pretende pasar de completo a parcial tras un tiempo de



antigüedad de tres años (que sí se establece para el supuesto de transformación de parcial a completo).

- Las preferencias pueden quedar condicionadas en materia de plazos, procedimientos adicionales, causas, etc. por lo establecido en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior (supra). El RDL 15/1998 no ha configurado, en realidad, un sistema real de preferencias, puesto que siempre queda condicionado a que sea tomado en consideración por la empresa “en la medida de lo posible” (reproducción literal del texto de la directiva comunitaria).



ESPECIALIDADES POR RAZONES FORMATIVAS O FAMILIARES

Los apartados f y g del número 4 del nuevo artículo 12 del ET regulan las especialidades formativas y familiares del contrato a tiempo parcial, remitiéndose genéricamente a los convenios colectivos para la determinación de las medidas dirigidas a facilitar el acceso a la formación profesional continua; y específicamente a los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior para el establecimiento de requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando ello esté motivado principalmente por razones familiares o formativas. El dato que llama poderosamente la atención es que para estos supuestos, que deberían por su importancia quedar directamente protegidos por el ordenamiento jurídico se produce una completa remisión a los convenios colectivos que pueden establecer no sólo especialidades sino también requisitos. Resulta difícil pensar que de este modo se está legitimando al convenio colectivo para que establezca mecanismos más dificultosos (más requisitos) de transformación de completo a parcial por razones familiares o formativas. Más bien parece tratarse de un recordatorio acerca de las posibilidades promocionales (y no restrictivas) que en este ámbito y para estas causas tienen los convenios

colectivos. Lo descuidado de la redacción (no sólo al hacer referencia a los requisitos sino al establecer que debe tratarse de convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior) hace pensar que en realidad quien legislaba no se estaba planteando ni remotamente la nueva regulación del trabajo a tiempo parcial desde la perspectiva de la voluntariedad como un mecanismo de compatibilización horaria.

Y LA SEGURIDAD SOCIAL

El RDL 15/1998 reforma también la DA séptima de la LGSS: de un lado, incorporando una serie de mecanismos correctivos que facilitan el acceso a prestaciones de los trabajadores/as a tiempo parcial (considerando como día trabajado a efectos de cotización para todas las prestaciones a cinco horas de trabajo efectivo; y estableciendo el coeficiente multiplicador 1,5 para la determinación del tiempo cotizado a efectos de jubilación e incapacidad permanente); y de otro lado, corrigiendo por enésima vez el sistema para el cálculo de la base reguladora en la prestación de maternidad (que se hace a partir de la división de la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365).

I

El coeficiente multiplicador del 1,5 no funciona como un mecanismo dirigido a la integración en el sistema de seguridad social de los colectivos con rotación continuada, entre el que las mujeres son mayoría, que permita considerarlo un mecanismo de compatibilización en el caso de rotación motivada por razones familiares. Y ello porque tan solo resulta de aplicación al tiempo trabajado pero no da solución al tiempo de salida del mercado de trabajo, que es el que, en el caso de las mujeres con responsabilidades familiares, mayormente dificulta el acceso a las prestaciones. También es cierto que para estos casos el ordenamiento prevé la presunción de la cotización a efectos de todas las prestaciones excepto el



desempleo durante el primer año de la excedencia por cuidado de hijos (art. 16 RD 356/91) pero esta cotización presunta no resuelve los vacíos de cotización por salida del mercado de trabajo por cuidado de hijos/as, o sencillamente referidos al interim en los contratos temporales en los que la población femenina también es mayoritaria (y ni siquiera la falta de cotización en los casos de excedencia por cuidado de hijos/as de duración superior a un año).

II

Tampoco la equivalencia de 5 horas de trabajo a un día teórico de cotización a efectos de prestaciones está dirigido a compensar la mayor rotación laboral de las mujeres con responsabilidades familiares sencillamente porque su finalidad es la consideración de los descansos semanales y festivos en los periodos de cotización, que sí se aplicaba en los casos de contratos a tiempo parcial de cadencia diaria pero de jornada reducida, aunque no necesariamente en los contratos a tiempo parcial de prestación alterna durante la semana o el mes. Se trata, por tanto, de una

EL SISTEMA DE PREFERENCIAS SE ENCUENTRA CONDICIONADO POR DOS FACTORES: LO QUE ESTABLECIERAN LOS CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES Y EL HECHO DE QUE SEAN LAS EMPRESAS LAS QUE DEBEN TOMAR LAS SOLICITUDES EN CONSIDERACIÓN.



corrección obligada para la equiparación del trato otorgado a las diferentes tipologías del contrato a tiempo parcial, aunque no una innovación normativa de particular relevancia.

III

También aprovecha la ocasión el RDL 15/1998 para introducir alguna modificación al sistema para el cálculo de la base reguladora en la prestación de maternidad. En la penúltima reforma, producida tan solo unos meses antes con el RD 489/1998, se establecieron dos precisiones importantes al respecto: a) La base reguladora de la prestación de maternidad se calcula, según esta norma ya derogada en este aspecto, dividiendo las cotizaciones vertidas al sistema de seguridad social durante los tres meses naturales anteriores al hecho causante entre 90. Adviértase que, de este modo, se produce una corrección a la baja del tiempo de cotización diaria respecto de las trabajadoras que hubieran tenido vacíos de cotización durante esos tres meses anteriores al hecho causante. b) En compensación, el RD 489/1998

estableció que la duración de la prestación de maternidad estaría constituida por los días naturales de duración de la prestación (16 semanas) y no por el tiempo que durante este periodo se preveía que se iba a producir trabajo. Con la modificación normativa del RDL 15/1998 se modifica el módulo temporal para el cálculo de la base reguladora en el caso de maternidad (que ya no es 90 días sino 365, debiendo tenerse en consideración las bases de cotización correspondientes al año anterior al hecho causante). Debe presumirse que, puesto que este sistema continúa aplicando la división por días naturales y no por días cotizados, se seguirá aplicando la misma corrección del RD 489/1998, que permitir la percepción de la prestación durante todos los días naturales que la ley prevé. Sin duda el RDL 15/1998 ha desperdiciado la ocasión para un tratamiento unificado de la prestación de maternidad, que sigue estando tratada en multitud de normas, de difícil coordinación e incluso de vigencia difícil de determinar.

LA LIMITADA REPERCUSIÓN DE LA NUEVA NORMATIVA EN MATERIA DE COMPATIBILIDAD HORARIA Y EN LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

En definitiva, el RDL 15/1998 no ha tenido, pese a las expectativas que había abierto la directiva sobre trabajo a tiempo parcial, una repercusión relevante en el fomento de la compatibilidad horaria y, específicamente, como medida de igualdad de oportunidades. Las garantías establecidas para el pacto, determinación, notificación, consolidación, etc., de las horas complementarias pretenden funcionar como garantía genérica para la detención del emergente trabajo “a llamada”, lo cual sin duda repercute también en beneficio de la mujer trabajadora. Pero vuelven a obviarse los problemas específicos de la necesidad de ajuste horario en evitación de abandonos del mercado de trabajo por parte de la población femenina, cuyo nivel de desempleo y segregación laboral no necesitan ser reiterados ahora. Específicamente deben denunciarse los problemas que sigue generando la pretendida y no conseguida voluntariedad en la transformación del contrato a tiempo completo en parcial y viceversa, así como la falta de promoción (o simple consideración) a las situaciones de reducción de jornada con preferencia (o simple garantía) para el retorno al puesto inicial, o la escasa sensibilidad mostrada en materia de formación continua o especialidades de los trabajadores con responsabilidades familiares. Tampoco el incremento de garantías para el acceso a prestaciones de seguridad social de los trabajadores/as a tiempo parcial es, como se ha expuesto, todo lo que el ordenamiento jurídico podía haber aportado para solucionar el difícil acceso a las prestaciones de las trabajadoras con tiempos de vacíos de cotización importantes por abandono del mercado de trabajo (forzado por la insensible regulación en materia de compatibilidad horaria) para el cuidado de hijos/as. Sin duda, otra oportunidad perdida.

La igualdad de oportunidades y la protección laboral en los casos de parto múltiple

MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

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



I. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA MAYOR PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

Desde 1975, la protección a la maternidad ha mejorado considerablemente, a la vez que se ampara, también en mayor medida, el derecho al trabajo de la mujer. De manera que, una vez demostrado que la maternidad y las responsabilidades familiares representan un obstáculo para el acceso, permanencia y promoción del empleo, las actuaciones para incorporar a la mujer al mundo laboral, en igualdad de oportunidades, se han orientado a corregir los aspectos deficitarios de su situación en este ámbito, como son las bajas tasas de actividad y ocupación, la discriminación salarial o el escaso acceso a puestos de alta responsabilidad. Destaca, en este sentido, dentro de la normativa laboral española, que en el Estatuto de los Trabajadores se haya optado, profundizando en la inspiración constitucional, por el camino de la igualdad, frente al anterior de la protección y del privilegio¹. Más concretamente por lo que refiere a la maternidad, puede decirse que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, ha alterado profundamente su sistema de protección. Si bien, respecto al objetivo de igualar las oportunidades y condiciones laborales entre hombres y mujeres, los avances más destacados se produjeron a finales del año 98, con la regulación que establece bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas que sustituyan a trabajadores/as durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento (R.D.L. 11/1998, de 4 de septiembre)².

Se trata, en efecto, de buscar estructuras que permitan a las mujeres compaginar la actividad laboral con la gestión de su vida familiar, máxime cuando se produce un profundo cambio de la demografía, al disminuir la tasa de natalidad³ (España tiene el menor índice de fecundidad de Europa, con 1,18), que exige adoptar las oportunas medidas para corregir esa pér-

didada de población que conlleva un grave problema estructural para la economía⁴. Un punto de contraste, dentro de este contexto, viene a ser la mayor frecuencia, en la actualidad, de casos de partos múltiples, algunos de los cuales tienen su origen en la fecundación natural, si bien resulta innegable que buena parte de ellos son fruto de la aplicación de avanzadas técnicas de fecundación artificial, que han multiplicado por seis el número de embarazos múltiples en los últimos veinticinco años, hasta situar la estadística en un embarazo gemelar por cada sesenta, frente a uno por cada cien en los casos naturales. Un factor clave para explicar dicha frecuencia lo constituye, junto a la facilidad de acceder a estos métodos, el cambio experimentado en el comportamiento social de la mujer que le lleva, en ocasiones, a planificar su embarazo en función de su trabajo. Se comprende, entonces, que los hechos relativos al trabajo de la mujer no sean básicamente jurídicos, ni tampoco económicos ni sociológicos, sino todos ellos conjuntamente y a la vez⁵.

En cuanto a las medidas que pretenden hacer frente a la mencionada tendencia del descenso demográfico que es causa del envejecimiento de la mano de obra, destacan las que, desde la esfera de la acción social, son adoptadas por Administraciones Autonómicas que se proponen fomentar la natalidad con acciones, no específicamente destinadas a los trabajadores/as, sino de apoyo integral a la familia. Para lo cual, han previsto, de manera específica, conceder ayudas económicas a las familias con al menos tres hijas/os nacidos en el mismo parto, de lo que constituye buena muestra la normativa existente en la Región de Murcia, contenida en la Orden de 1 de junio de 1998; o la del Gobierno de Aragón, que se establece en el Decreto de 24 de febrero de 1999, y en la Orden de 11 de marzo⁶. Dicha ayuda, que requiere formular la correspondiente solicitud, consiste en una cantidad máxima por niño/a y año, siempre que se reúnan ciertos requisitos, como el de tratarse de hijos/as menores de seis años.

Por todo ello, parece claro que el concepto de la protección de la maternidad

¹ ALONSO OLEA, M.: "El trabajo de la mujer", *R.M.T. y A.S.*, n.º 13 (1998), pp. 110.

² Todavía desde una esfera más amplia que la propiamente laboral, se incide, cada vez en mayor medida, en la necesidad de aplicar el principio de igualdad "con todas sus consecuencias", de modo que no sólo se pretende eliminar cualquier discriminación, sino conceder además una especial relevancia a los asuntos relativos al régimen profesional de la mujer, como señala la propia Exposición de Motivos (VII) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (B.O.E. 19-5).

³ Sobre la disminución de base demográfica de los países europeos, MYRDAL, A.: "Política demográfica y protección a la familia en Suecia", *R.I.T.*, n.º 3-4, vol. 115 (1996), pp. 380 y ss.

⁴ BROCAS, A. M.; CAILLOUX, A. M.; OGET, V.: *Las mujeres y la Seguridad Social (Los progresos de la igualdad de trato)*, Madrid, ed. española, M.T., 1990, pág. 83.

⁵ ALONSO OLEA, M.: "El trabajo...", cit., pág. 109.

⁶ Boletín Oficial de la Región de Murcia de 10 de junio, y Boletines Oficiales de Aragón de 10 y 15 de marzo, respectivamente.



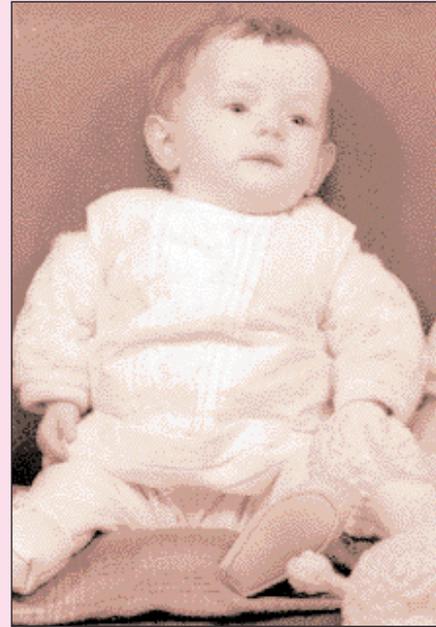
es ahora más amplio, como reflejo también de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, hasta llegar al concepto de protección de los trabajadores con responsabilidades familiares, que pretende reconocer el papel del padre en la educación de los hijos e hijas, cuyo reparto con el de la madre condiciona el mantenimiento del empleo de ésta. A pesar de lo cual, se detectan todavía importantes lagunas en este ámbito, donde sigue resultando indispensable acudir a la ayuda familiar para el cuidado de los hijos/as más pequeños⁷. De ahí, que no puedan sorprender determinadas iniciativas, en la experiencia comparada, que proyectan regular por ley el reparto de las tareas domésticas, como manifestación legal del modo en que ha de equilibrarse la responsabilidad en el sostenimiento del hogar⁸.

También entre las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros en 1999, aprobadas el 1 de diciembre de 1998, se encuentra la de conciliar la vida laboral con la vida familiar, dentro de la más amplia política general de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Tales orientaciones han de traducirse en planes nacionales de acción concretos que promuevan políticas de apoyo a la familia⁹, tendentes a conseguir el mejor sistema posible de protección de la maternidad, como condición indispensable de realización de la igualdad¹⁰. Así, el Plan Nacional de Acción para el Empleo de España, en 1999, dedica uno de sus cuatro pilares fundamentales a reforzar la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, situando entre sus directrices (Directriz 17) la de conciliar la vida laboral con la vida familiar, para lo cual se hace necesario modificar la legislación laboral, ajustándola a la realidad social. Ésta ha sido la actuación del Gobierno español al elaborar el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹¹, que viene a dar un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, con la superación y mejora de los niveles mínimos de protección previstos en la normativa internacional y comunitaria (Exposición de Motivos).

II. LA DIFERENTE PROTECCIÓN NORMATIVA DEL PARTO MÚLTIPLE

Cuando se contrasta la normativa laboral reguladora de las situaciones de maternidad común y de parto múltiple, puede advertirse que las diferencias en estos últimos casos, que previsiblemente se mantendrán con la nueva normativa, se reducen a dos: la mayor duración del permiso que se fija a la maternidad en cuanto causa de suspensión del contrato de trabajo, y el reconocimiento adicional, en el ámbito de la Seguridad Social, de una prestación económica especial. Así, respecto a la duración del permiso, que para las situaciones de parto simple sitúa el art. 48.4 E.T. en dieciséis semanas ininterrumpidas, se establece su ampliación a dieciocho en el mismo precepto, indiferenciadamente para todos los casos de parto múltiple. En esta línea, se sitúa la futura Ley (art. 5 del Proyecto que modifica el párrafo 1º de art. 48.4 E.T.) que, no obstante, pretende diversificar estos últimos, aumentando la duración del permiso dos semanas por cada hijo/a, a partir del segundo, lo que viene a concretarse en dieciocho semanas para gemelos, como actualmente; si bien variará a veinte para trillizos, veintidós para cuatrillizos, y así sucesivamente, dependiendo del número de hijas e hijos nacidos a la vez.

La segunda diferencia apreciable, en el régimen jurídico vigente, reside en el reconocimiento además a la trabajadora, en caso de parto múltiple, del derecho a una prestación económica añadida y distinta de la común por maternidad, que se denomina subsidio especial por parto múltiple. Se trata de una prestación para cada hijo/a, a partir del segundo, igual a la que le correspondería percibir por el primero durante el período de descanso obligatorio, cuya regulación, exclusivamente reglamentaria, se contiene en el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y en la Orden de 13 de octubre de 1967. Consiste en una cantidad adicional única, y a tanto alzado, que supone un notorio incremento de la prestación, al multiplicarse por el número de hijos/as, con el fin de facilitar un puntual aumento de renta, ante el evidente incremento de gastos que conlleva un parto de estas características. El objetivo aquí de cubrir los gastos extraordinarios varía también respecto al de la prestación común, que atiende a la disminución de ingresos producida por la pérdida del salario¹².



7

FAGNANI, J.: "Politique familiale, flexibilité des horaires de travail et articulation travail/famille", *D.S.*, n.º 3 (1999), pág. 246.

8

Muestra de ello es el Proyecto de Ley de los Verdes alemanes. *El Mundo*, 21-5-1999.

9

DOCUMENTOS: "Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros en 1999", *D.L.*, n.º 57 (1998), pág. 151.

10

JACQMAIN, J.: "¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?", *R.L.*, n.º 5 (1997), pág. 89.

11

B.O.C.G., Serie A. Núm. 172-1, 24-5-1999.

12

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI, J.; VÍLCHEZ, M.: *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 298.

13

TORRES DÍAZ, I.: "Prestación de maternidad. Derecho positivo español y perspectiva europea", *R.L.*, n.º 6 (1996), pág. 35.

14

S.T.S.J. Madrid, 7-4-94 (Ar. 1.571).

15

PÉREZ ALONSO, M.A.: *La incapacidad temporal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 109; CHACARTEGUI, C.: "La exclusión de la maternidad de la contingencia de incapacidad temporal", *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, pág. 201; GORELLI, J.: *La protección por maternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 155; CORTE, N.: "Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social", *R.M.T. y A.S.*, n.º 9 (1998), pág. 99; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI, J.; VÍLCHEZ, M.: *Sistema...*, cit., pág. 304. Consideran, sin em-

III. EL RECONOCIMIENTO TÁCITO DE LA VIGENCIA DEL SUBSIDIO ESPECIAL POR LA LEY 66/1997

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994 (T.R.L.G.S.S.), no hace referencia alguna al subsidio especial por parto múltiple, ni a su derogación, como tampoco lo contempla la proyectada Ley para conciliar la vida familiar y laboral. Sin perjuicio de lo cual, la Seguridad Social ha optado, durante este tiempo, por una interpretación no restrictiva de las normas sobre maternidad, de conformidad con la consecución de mayores niveles de protección, que acogieron también las Instrucciones del I.N.S.S. de 15 de marzo de 1995, al continuar considerando aplicable el subsidio especial por parto múltiple tras la publicación del art. 133 quater T.R.L.G.S.S.¹⁶ Por su parte, la doctrina jurisprudencial ha sostenido posturas contrarias en alguna ocasión¹⁴, al afirmar que el citado subsidio quedó sin efecto con la nueva regulación de Seguridad Social. Si bien, más recientemente, ha prevalecido la tesis de considerar subsistente este beneficio, que coincide, a su vez, con la mayoritariamente defendida por la doctrina laboral¹⁵.

Lo cierto es que a falta, todavía en la fecha actual, de una nueva regulación sobre este subsidio especial sustitutoria de la inicial, puede afirmarse, a mi juicio, que son otras normas posteriores recientes las que han venido a despejar la cuestión de la vigencia de la normativa de dicho subsidio. Así se advierte, en efecto, en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que ha modificado la normativa sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia¹⁶, para situar entre las prestaciones reconocidas a los mutualistas o a sus beneficiarios, el subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple, en cuanto prestación económica de protección a la familia de pago único, atribuyéndole el mismo contenido que en el Régimen General de Seguridad Social¹⁷.

SE TRATA DE BUSCAR ESTRUCTURAS QUE PERMITAN A LAS MUJERES COMPAGINAR LA ACTIVIDAD LABORAL CON LA GESTIÓN DE SU VIDA FAMILIAR, MÁXIME CUANDO ESPAÑA TIENE EL MENOR ÍNDICE DE FECUNDIDAD DE EUROPA, CON 1,18.

En cualquier caso, parece claro que, a partir de la Ley 66/1997, se produce un reconocimiento tácito de la vigencia de la normativa existente sobre el citado subsidio especial en los casos de parto múltiple, cuya aplicación, además y en segundo término, se extiende, expresamente, al ámbito de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas, y de la Administración de Justicia. Bien es cierto que la posibilidad, no obstante, de aplicar a dichos colectivos de la Administración la normativa referente al subsidio especial entiendo que existía desde la Ley 42/1994, al haber introducido la Disposición Adicional Undécima bis, en el T.R.L.G.S.S., según la cual, los trabajadores/as por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del Sistema tendrán derecho a la prestación por maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores/as del Régimen General. Advértase, por lo demás, que la citada Disposición permite aplicar también las previsiones normativas del subsidio por parto múltiple, tanto a los Regímenes Especiales no integrados en el Régimen General de la Seguridad Social, como al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos¹⁸.



bargo, derogado el subsidio especial ESCUDERO, R. y PALOMO, E.: “Novedades de la Ley 42/1994: en especial en materia de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente”, *R.L.*, n.º 6 (1995), pág. 111. En parecidos términos, TORRENTE GARI, S.: “El tratamiento normativo de la incapacidad temporal y de la maternidad en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre”, *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, pág. 460.

16

Así, respectivamente, el art. 62 de la Ley 66/1997 redacta de nuevo los arts. 14.1 y 37.1 de la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; el art. 63 de la misma Ley, los arts. 13.1 y 30 de la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas; y el art. 64 modifica el art. 10 del R.D.L. 16/1978, de 7 de junio, sobre Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración de Justicia.

17

Junto al “contenido” de la presentación del Régimen General, en el art. 62 de la Ley 66/1997, se atribuye también la “duración” en el Régimen de los Funcionarios Civiles del Estado, con lo cual parece conceder aquí a la homologación con el Régimen General un alcance más amplio que en los otros dos Regímenes. Así lo confirma la redacción del art. 154.2 de la Ley 17/1999, Reguladora del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que, tras reconocer el derecho de los militares profesionales a disfrutar los permisos y licencias previstos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, establece la prevalencia de las necesidades del servicio sobre las fechas y duración de dichos permisos y licencias.

18

Todo lo cual, justifica la necesidad de adaptar las modificaciones antes referidas, como se recoge en el párrafo tercero del art. 62 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que autoriza al Gobierno para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, proceda a elaborar sendos Textos Refundidos.



IV. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN ESPECIAL POR PARTO MÚLTIPLE

Resuelta, en sentido afirmativo, la cuestión de la vigencia de la normativa reguladora del subsidio especial, se requiere seguidamente desentrañar cuál sea el contenido de esta prestación en el Régimen General, que se ha extendido a los Regímenes Especiales.

1

Beneficiarios

El derecho, en caso de parto múltiple, a un subsidio especial por cada hija o hijo a partir del segundo, igual al que le corresponda percibir por el primero, se reconoce, en el art. 2.2 del Decreto 3158/1966, a las trabajadoras beneficiarias de la prestación por maternidad. A este respecto, el art. 133 ter T.R.L.G.S.S. concreta que serán beneficiarios de dicha prestación los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuera su sexo, que disfruten de los descansos referidos en los arts. 48.4 E.T. y 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, siempre que, reuniendo los requisitos de afiliación y alta o asimilada, acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente

anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

Esta prestación económica común por maternidad, que se percibe en los casos de parto simple y plural, consiste en un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente, que, según el art. 133 quater T.R.L.G.S.S., equivale a la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. De manera que el disfrute de dicha prestación común alcanza una duración, en todos los casos de parto múltiple, de dieciocho semanas, de las cuales, igual que en las situaciones de parto simple, pueden corresponder hasta cuatro de las últimas al padre, cuando los dos trabajen, y la madre haya optado por ello al iniciar el descanso (art. 48.4 E.T.). Adviértase que, en dicha opción, incide el Proyecto de Ley de conciliación de la vida familiar y laboral, al prever la posibilidad para la madre de referirla a la parte del permiso que considere oportuna, así como de simultanear su disfrute con el del padre (art. 5, que modifica el párrafo 2º del art. 48.4 E.T.), lo cual presenta una especial incidencia en las situaciones de parto múltiple, donde el cuidado de al menos dos hijos/as a la vez, en los primeros meses, justifica, mayormente si cabe, la adopción de tales medidas que facilitan a los hombres ser copartícipes de estas tareas.

Cualquiera que sea la distribución, ha de garantizarse el disfrute por la madre de seis semanas de descanso obligatorio inmediatamente posteriores al parto. Período éste, al que, según se verá, queda referida la cuantía del subsidio especial, por lo que cabe afirmar que la beneficiaria de esta prestación específica es siempre la madre. Con lo cual, el padre únicamente podrá ser beneficiario de la prestación por parto múltiple cuando la causa de su petición sea el fa-

llecimiento de la madre, correspondiéndole entonces disfrutar las seis semanas posteriores al parto que prevé el art. 48.4 E.T.¹⁹, cuya necesaria ampliación, para los casos de parto plural, ya se venía demandando²⁰, y que efectivamente la futura ley contempla, al permitir al padre utilizar la totalidad del período de suspensión, o la parte que reste del mismo, en su caso (art. 5 del Proyecto, que varía el párrafo 1º del art. 48.4 E.T.).

Pero además, aunque no se trate, ciertamente, de casos frecuentes, entiendo que corresponde también el subsidio especial por parto múltiple en los supuestos de adopción y acogimiento previo²¹, en cuanto situaciones protegidas, a efectos de prestación por maternidad, del art. 133 bis T.R.L.G.S.S., durante los períodos de descanso que, por tales situaciones, se disfruten de acuerdo con lo previsto en el art. 48.4 E.T., donde la prestación se vincula a la edad del niño/a. Si bien queda claro, atendiendo a dichos límites de edad, que para la adopción de menores que superen los cinco años de edad no se reconoce prestación alguna, común o especial, como tampoco en los casos de acogimientos permanentes²². Ello explica que, entre las medidas laborales proyectadas, se encuentre la equiparación de los permisos laborales por parto, adopción y acogimiento, sea preadoptivo o permanente, eliminando las diferencias actuales en la duración del permiso según la edad (art. 5 del Proyecto, que redacta de nuevo el párrafo 3º del art. 48.4 E.T.).

2

Cuantía

Por lo que se refiere a la cuantía del subsidio especial por parto múltiple, resulta aplicable lo dispuesto para la prestación de maternidad común en el ya citado art. 133 quater T.R.L.G.S.S., según el cual esta prestación consiste en una cantidad equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente. Y ello porque, aun cuando la normativa específica de 1966 lo situaba diversamente en un setenta y cinco por cien, en la

PRODUCIDA LA MUERTE DE UNA DE LAS HIJAS O HIJOS RECIÉN NACIDOS EN EL PARTO MÚLTIPLE HABRÍA QUE TENER EN CUENTA QUE, LA MUERTE DEL HIJO/A NO RELEVA A LA MADRE DE LA DEDICACIÓN DE COMPLETAR EL DESCANSO OBLIGATORIO, NI POR TANTO DE PERCIBIR EL SUBSIDIO.



19

O el tiempo que restase de las seis semanas, si la muerte fuera posterior al parto. SEMPERE, A.V.: “La Ley 3/1989, sobre la maternidad y la igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica”, *R.L.*, n.º 13 (1989), pág. 16.

20

Así, SÁNCHEZ-RODAS, C.: “La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal”, *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, pág. 441.

21

Afirman, sin embargo, que no parece aplicable RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI, J.; VÍLCHEZ, M.: *Sistema...*, cit., pág. 304.

22

El recorte de prestaciones se aprecia, particularmente, en los casos de adopciones internacionales, donde la aplicación de la Circular del I.N.S.S., de 1 de octubre de 1998, permite conceder las prestaciones por maternidad, en tales casos, sólo si se realiza ante autoridad española, sin que puedan solicitarse hasta que la adopción quede registrada en España, lo que puede retrasarse más de un año y ocasionar, con ello, la pérdida de la prestación.

23

Para determinar la base reguladora de la prestación respecto a los trabajadores a tiempo parcial, hay que estar a la previsión del art. 5.2 del R.D. 144/1999, de 29 de enero, por el que se desarrolla el R.D.L. 15/1998, de 27 de noviembre, de que la base reguladora diaria de la prestación económica por maternidad será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365. De modo que, si la antigüedad fuera menor, la base reguladora sería el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

24

En concreto el cálculo de la cuantía del subsidio, la S.T.S.J. Asturias, 17-6-1993 (Ar. 2.824).

25

S.T.S.J. La Rioja, 11-5-1992 (Ar. 2.485); S.T.S.J. Castilla y León, 5-10-1992 (Ar. 5.200); 24-3-1995 (Ar. 924). De esta opinión, en la doctrina, GORELLI, J.: *La protección...*, cit., pág. 156.

26

S.T.S.J. Asturias, 17-6-1993 (Ar. 2.824). En la doctrina, consideran razonable extender el subsidio especial a todo el período de descanso disfrutado después del parto, sea obligatorio o voluntario, DESDENTADO, A.; TEJERINA, J.L.: “El subsidio de incapacidad temporal. Cuantía, nacimiento y extinción”, *T.S.*, n.º 45 (1994), pág. 57. También, CORTE, N.: “*Maternidad...*”, cit. pág. 99.

27

GORELLI, J.: *La protección...*, cit., pág. 156.

28

GORELLI, J.: *La protección...*, cit., pág. 189.

actualidad hay que entender, adecuadamente, que el incremento introducido por la Ley 42/1994, con carácter general para la prestación por maternidad, afectó también a la cuantía del subsidio por parto plural.

El mismo art. 133 quater añade que la base reguladora equivale a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes. Con lo que dicha remisión permite aplicar el art. 13.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, sobre prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, del cual se extrae que la base para calcular el subsidio por parto múltiple será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador, en el mes anterior al de la fecha de iniciar la situación de maternidad, por el número de días a que dicha cotización se refiera²³. De manera que, obtenida así la base reguladora, el subsidio consistirá en multiplicar ésta por el número de días que corresponda a la prestación (42 o 126, según se considere aplicable la duración de seis semanas de descanso obligatorio o a la totalidad de las dieciocho, respectivamente), y a su vez por el número de hijos/as, a partir del segundo (si son gemelos, por uno; si son trillizos, por dos...)²⁴.

3

Duración

Por lo que hace a la duración del subsidio especial en los casos de parto múltiple, el art. 2.2 del Decreto 3158/1966 señala que dicho subsidio se percibirá durante el período de descanso obligatorio que, según el art. 6.1 del mismo Decreto, en relación con el 12.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967, habrá que entender referido a las seis semanas posteriores al parto. A la hora de su aplicación, sin embargo, las posturas de los Tribunales difieren sobre si dicho período comprende únicamente las mencionadas seis semanas²⁵, o si, más ampliamente, hay que entenderlo aplicable durante la totalidad de las dieciocho semanas de permiso²⁶. La cuestión la ha resuelto recientemente el Tribunal Supremo, con la Sentencia unificadora de doctrina de 11 de mayo de 1998 (Art. 4325), al concluir que el subsidio alcanza únicamente al período de seis

semanas, rechazando la tesis de que este período obligatorio de descanso se amplió con la modificación del art. 48.4 E.T.

A propósito también de la duración del subsidio especial, surge la cuestión de si, producida la muerte de uno de los hijos/as recién nacidas en el parto plural durante el tiempo de disfrute, ha de cesar, como se ha afirmado²⁷, el incremento de la prestación correspondiente al hijo/a fallecida. Situación donde, diversamente a mi juicio, habría que mantener el subsidio especial, cuya finalidad es precisamente atender el incremento extraordinario de gastos que se ocasionan, no únicamente tras el parto, sino ya desde el momento inicial de su preparación. Todavía con mayor convencimiento, cuando se advierte que, según los arts. 6.2 del Decreto 3158/1966 y 12.2 de la Orden de 1967, la muerte del hijo/a no releva a la madre de la obligación de completar el descanso obligatorio, ni por tanto –habría que añadir por la conexión legal existente entre el período de descanso y la prestación– de percibir el subsidio.

V. NACIMIENTO Y GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN: SU ABONO AUTOMÁTICO

Con carácter general para las situaciones de parto simple, dispone el art. 8 d) de la Orden de 1967 que el derecho a percibir la prestación nace el mismo día en que comienza el descanso obligatorio o voluntario. Si bien, por lo que respecta a los casos de parto múltiple, habrá que entender que el derecho al subsidio especial nace siempre a partir del momento en que comienza el descanso obligatorio de seis semanas que tiene lugar tras el parto plural. De nuevo, la finalidad del subsidio especial de atender los mayores gastos ocasionados justifica también su puntual abono, por lo que considero habrá de procederse al pago dentro del período de descanso obligatorio iniciado con el parto, sin necesidad de esperar, como se ha sostenido²⁸, al término de su disfrute.



Por lo que respecta a la gestión, establece la Disposición Adicional Undécima Ter T.R.L.G.S.S. que, con relación a las prestaciones económicas por maternidad, no cabe fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, sino tan sólo el pago directo de la prestación por el I.N.S.S. Resulta así, en general para los casos de maternidad común, que la prestación debe solicitarse ante este Organismo, cumplimentando un modelo normalizado, donde se ha de precisar si el motivo de la solicitud obedece a la situación de parto múltiple, aportando la documentación exigida que, en tales casos, requiere presentar el Libro de Familia acreditativo del nacimiento de dos o más hijos/as. Sucede, sin embargo, que la normativa reguladora del subsidio especial no contiene referencia alguna sobre la obligación de formular la solicitud de la prestación por parto múltiple, lo cual permite afirmar que la petición del beneficiario de dicho subsidio no constituye requisito esencial para su devengo y que, en definitiva, se trata de una prestación de abono automático directo, por parte del I.N.S.S., una vez producido el parto plural.

Sorprende, por contra, que esta automaticidad en el abono del subsidio especial no opere a la hora de su reconocimiento en la práctica, donde la mayoría de los casos exigen del interesado/a solicitarlo expresamente, por más que hubiera quedado ya constancia de la existencia de parto múltiple, bien en el modelo previsto en el Régimen General, o bien en el propio informe médico de maternidad, tras el que el órgano competente concede la correspondiente licencia o permiso en algunos Regímenes Especiales. Con lo cual, al plantearse en tales términos la aplicación real del subsidio, puede decirse que la falta de solicitud por el beneficiario, motivada frecuentemente por el propio desconocimiento de su existencia, trae consigo el decaimiento del derecho a esta prestación específica.

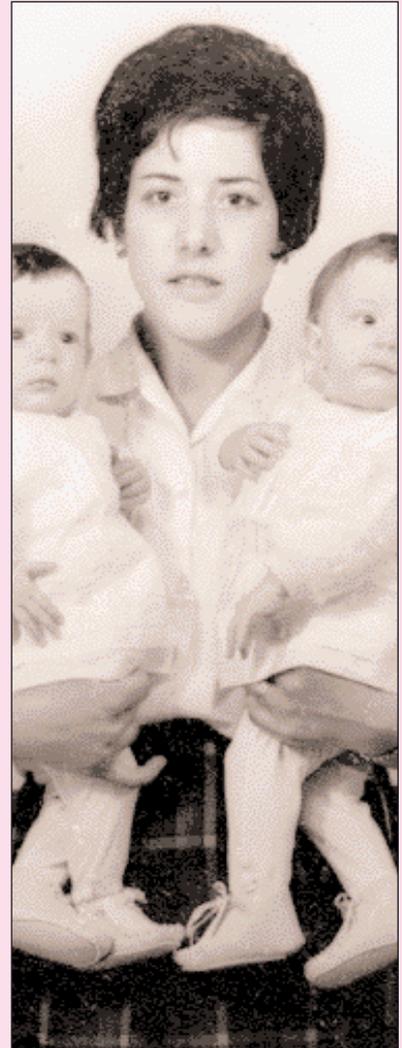
Es claro, por otro lado, que el subsidio por parto múltiple corresponde, igualmente, en el caso de que el trabajador/a estuviese percibiendo la prestación por

desempleo total y pasase a la situación de maternidad, situación ésta para la que, con carácter general, prevé el art. 222.2 T.R.L.G.S.S. que se perciba la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda. Si bien ha de tenerse en cuenta que el paso a la situación de maternidad no conlleva la ampliación del período de percepción de la prestación por desempleo, por dicha circunstancia²⁹.

VI. LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO AL SUBSIDIO ESPECIAL

Por lo que se refiere a la cuestión del plazo a partir del cual decae el derecho al reconocimiento del subsidio especial por parto múltiple, la solución tampoco es segura, hasta el momento, en la Jurisprudencia, donde se trata de despejar si, en aquellas situaciones en las que haya transcurrido el período de descanso obligatorio de seis semanas sin haberse abonado el subsidio, resulta aplicable el plazo de caducidad³⁰ de un año para las prestaciones a tanto alzado, y por una sola vez, que ya hubieran sido reconocidas, previsto en el art. 44.1 T.R.L.G.S.S., o diversamente el de prescripción³¹ de cinco años, que el art. 43.1, del mismo texto legal, señala en general para el reconocimiento de las prestaciones.

Atendiendo a su naturaleza, se advierte, en efecto, que el subsidio especial consiste en una cantidad alzada y de pago único de las que se contemplan en el art. 44.1, precepto que, no obstante, se refiere a las prestaciones que ya hubieran sido reconocidas. Por lo cual, en aquellos casos más frecuentes de falta de reconocimiento del subsidio por parto múltiple, entiendo que no procede aplicar el plazo de caducidad de un año que, según dicho artículo, se cuenta desde el día siguiente al de haber sido notificada en forma su concesión al interesado, sino, más adecuadamente, el general de prescripción de cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación, establecido en el art. 43.1 T.R.L.G.S.S.



29

Sobre el acceso a las prestaciones económicas de maternidad durante la situación de desempleo, vid. FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: "Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad", Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 65 y ss.

30

S.T.S.J. Asturias, 17-6-1993 (Ar. 2.824); S.T.S.J. Madrid, 9-5-1994 (Ar. 1978).

31

S.T.S.J. Castilla y León, 5-10-1992 (Ar. 5.200); S.T.S.J. Cantabria, 14-10-1994 (Ar. 3.728).

**SENTENCIA T.S.
DE 10 DE ABRIL DE 1999**

El TS condena a una empresa a indemnizar a una trabajadora por los perjuicios sufridos a causa de una depresión que padeció como consecuencia del trato discriminatorio al que fue sometida al ver que trabajadores de otro sexo, que ostentaban la misma categoría laboral y realizaban el mismo trabajo, percibían mayores remuneraciones que ella.

La Sala considera probado que los comportamientos discriminatorios generaron o aceleraron la depresión que afecta a la recurrente, por representar un sufrimiento continuado e incesante, capaz de perturbar la armonía psíquica de su persona, dada la presión laboral que hubo que soportar hasta que el contrato se extinguió, máxime cuando se trataba de una trabajadora que se encontraba realizada con su trabajo y que, en consecuencia, hubo de sentirse fracasada como mujer.

**INDEMNIZACIÓN
POR ACOSO SEXUAL**

SENTENCIA
T.S.J. Navarra
de 5 de febrero
de 1999.



El respeto a la intimidad y dignidad del trabajador y de la trabajadora, incluida su libertad sexual, es una de las obligaciones del empresario y de la empresaria asumidas en el contrato de trabajo. En el presente caso, la conducta de un empresario que atenta contra la libertad sexual de una trabajadora, calificable de "acoso sexual", ha sido considerada por la Sala justa causa para que la empleada pueda solicitar la extinción del contrato laboral con la respectiva indemnización.

**DECRETO 14/1999 DEL
GOBIERNO DE ARAGÓN SOBRE
AYUDAS POR PARTO MÚLTIPLE**

Regula la concesión de ayudas a familias con hijas e hijos nacidos de partos múltiples con la finalidad de colaborar en los gastos extraordinarios ocasionados por este hecho.

Uno de los supuestos de necesidad de protección a las familias se da en los partos múltiples como consecuencia del importante presupuesto económico que la atención de las nuevas necesidades exige.

Podrán beneficiarse de estas ayudas, de acuerdo con la Compilación Aragonesa y el Código Civil, aquellas personas que ostenten la patria potestad, autoridad familiar o en su defecto la tutela de las/los menores nacidos de partos múltiples, considerando como tales, aquellos en que nazcan de tres o más hijos o hijas en el mismo parto.

Pueden solicitar la ayuda los padres/madres o las personas que tengan legalmente a su cargo un mínimo de trillizas o trillizos y que estén empadronadas y tengan su residencia en Aragón, al menos con un año de antelación a la formulación de la solicitud.

Serán objeto de las ayudas los gastos destinados a alimentación, vestido, farmacia, parafarmacia, guardería, empleada o empleado de hogar, así como todos aquellos que fueren necesarios para las necesidades específicas de los y las menores.

Se otorgará una ayuda a fondo perdido consistente en una cantidad hasta un máximo de doscientas mil pesetas por menor y año, que englobará la totalidad de conceptos para los que se concede. Esta cantidad podrá ser incrementada en el caso de nacimiento de cuatro o más niños y/o niñas.

**DESPIDO
DE UNA EMBARAZADA**

Despedida por segunda vez.



Con fecha 27 de diciembre de 1998, la trabajadora Lucía Fernández, que trabajaba en la empresa Alsu de Oviedo, fue despedida nuevamente, a pesar de una sentencia favorable. Había sido despedida hace un año tras quedarse embarazada. El Tribunal Superior de Justicia de Asturias (TSJA) dictó una sentencia que obligaba a su readmisión por considerar "nulo" el anterior fallo judicial. La trabajadora se incorporó a su puesto de trabajo el 27 de diciembre de 1998. Después de tres días en los que desarrolló su tarea habitual, recibió una nueva carta de despido que aducía, entre otras razones, haber hecho declaraciones en diversos medios de comunicación "que atentaban contra el buen nombre de la empresa". La trabajadora mostró su intención de recuperar el puesto de auxiliar administrativo del que ha sido despedida en dos ocasiones.

En la primera ocasión, el Juzgado de lo Social número 3 de Oviedo reconoció la improcedencia del despido, que suponía el cobro de una indemnización, pero no la readmisión de la denunciante.

Fernández elevó el caso al TSJA, que dictó una sentencia en la que se aludía al trato discriminatorio padecido por la demandante y calificaba su despido de nulo, por lo que la trabajadora debía incorporarse a su puesto y disfrutar de las mismas condiciones que poseía con anterioridad a que la empresa adoptase esta medida.

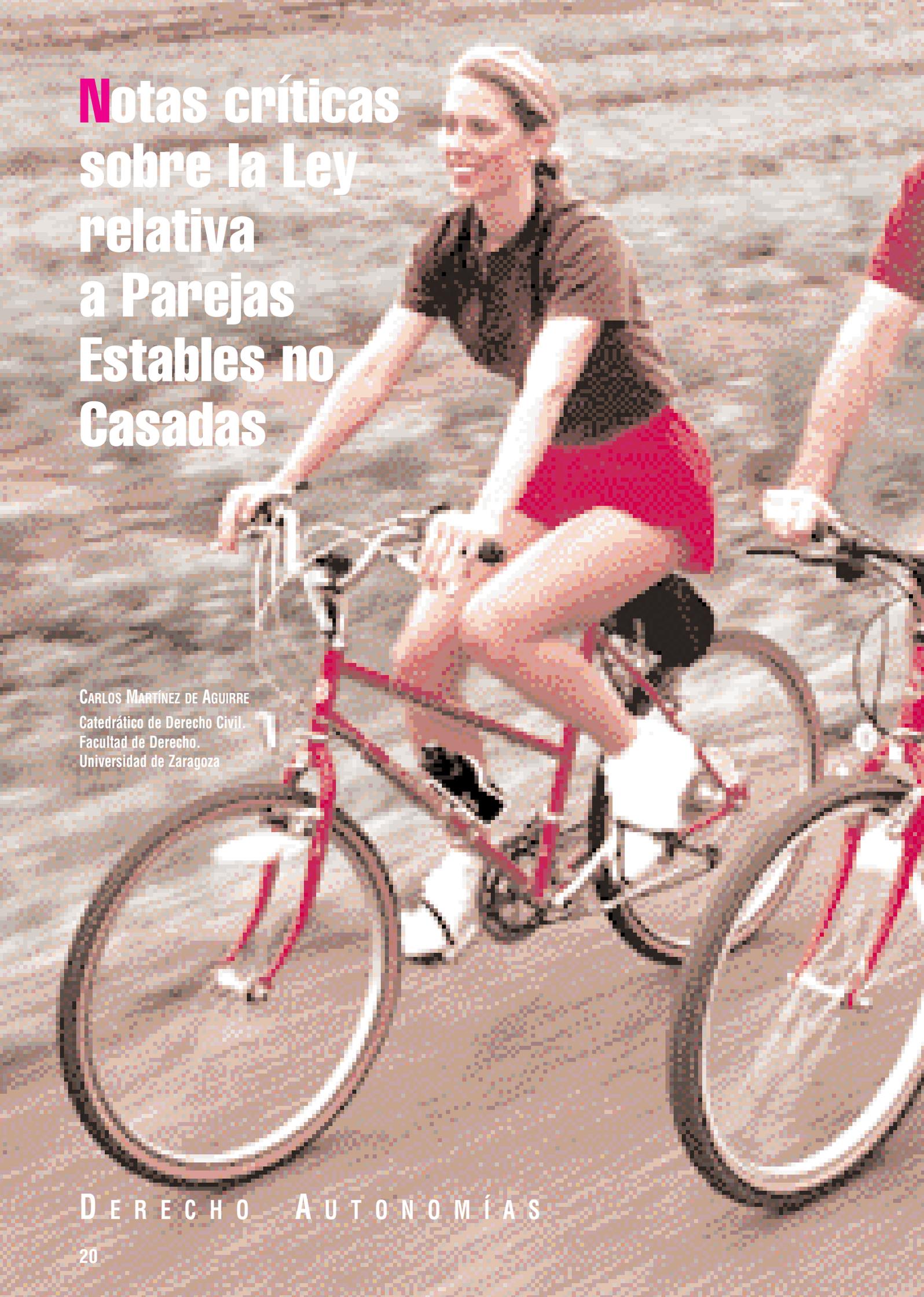
Breves

MERCEDES BAYO

Coordinadora del Servicio Jurídico de Atención a la Mujer.
IAM Zaragoza.

ANA TRICIO GALÁN

Secretaria General del Instituto Aragonés de la Mujer.



Notas críticas sobre la Ley relativa a Parejas Estables no Casadas

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE
Catedrático de Derecho Civil.
Facultad de Derecho.
Universidad de Zaragoza



I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El pasado día 6 de abril, el Boletín Oficial de Aragón publicó la Ley de 26 de marzo de 1999, relativa a Parejas estables no Casadas –en adelante, LPENC–. Aragón se convirtió así en la segunda Comunidad Autónoma –después de Cataluña– en tener su propia normativa legal sobre las también llamadas parejas de hecho, que entrará en vigor el próximo día 26 de octubre (Disposición Final de la LPENC). Aunque la competencia de esta Comunidad Autónoma para promulgar una Ley con ese contenido es dudosa en más de un punto, es lo cierto que no ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional, ni es previsible que lo sea, gracias precisamente al precedente catalán que tampoco ha sido impugnado.

Es finalidad de esta Ley, según resulta de su Exposición de Motivos, proporcionar un marco normativo a las parejas de hecho, destinado a solucionar los problemas que plantean estas formas de convivencia, presentadas por la misma Exposición de Motivos como “un fenómeno creciente... , cuya marginación legislativa no hace sino generar problemas de muy difícil solución, cuando no, provocar importantes injusticias: en unos casos, para los propios miembros de la pareja; en otros, y esto es mucho más grave, para la prole nacida de la misma”.

Este planteamiento suscita ya los primeros interrogantes. En efecto, si los motivos y finalidades de esta legislación son los que aparecen reflejados en la Exposición de Motivos de la Ley, resultan ser bien endebles, y no resisten un examen mínimamente cuidadoso. Veámoslo:

A

Aunque es verdad que el número de parejas de hecho ha ido aumentando progresivamente en los últimos años, lo es también que tanto en términos absolutos como relativos, es todavía una cifra muy baja: según los datos más recientes, del total de uniones estables (concepto que comprende tanto las uniones matrimoniales como las no matrimoniales), la proporción de parejas de hecho se situaría aproximadamente en el 4%¹. Desde este punto de vista resulta llamativo que se preste tanta atención legislativa a un pro-

blema de tan escasa incidencia sociológica, mientras que otros, mucho más relevantes para un número de familias considerablemente superior, no acaban de ser abordados con la decisión que sería aconsejable: piénsese, por ejemplo, en las medidas que permitan una efectiva compatibilización entre la vida profesional y la dedicación a la familia en el caso de la mujer (regulación del trabajo a tiempo parcial, de la flexibilización de horarios, del trabajo compartido, etc.), o en las dirigidas a fomentar la natalidad, cuestión que debería ser ya primordial en una Comunidad como la aragonesa, que presenta unos índices de natalidad preocupantemente bajos.

B

Tampoco se puede afirmar tan rotundamente como lo hace la Exposición de Motivos de la LPENC que la ausencia de legislación haya provocado importantes injusticias, tanto para los miembros de la pareja como para los hijos e hijas nacidas en ella (caso éste que es calificado expresamente como “más grave”).

a

Si empezamos por la situación jurídica de los/as hijas/os nacidos en el seno de una unión no matrimonial, lo primero que debe ser recordado es que desde que se estableció la igualdad entre hijas/os matrimoniales y no matrimoniales (en la Constitución primero, desarrollada después por la reforma operada en el Código civil en 1981), no cabe hablar de problemas relevantes de injusta discriminación entre unos y otros². Por otro lado, llama la atención que si el problema es la presencia de esas “injusticias más graves” que perjudican a los hijos/as de los convivientes de hecho, quien legisla dedique a solucionarlas únicamente un artículo de los dieciocho de que consta la LPENC (el art. 8), destinado a regular el régimen de guarda y custodia y visitas de la prole común, en caso de ruptura de la convivencia. El legislador parece haber querido ofrecer a la opinión pública razones que hagan más aceptable una ley como ésta, pero que después no coinciden, al menos en lo relativo a los hijos/as, con el contenido efectivo de la ley aprobada.

1 Cfr. DELGADO, M. y CASTRO MARTÍN, T., *Encuesta de Fecundidad y Familia 1995*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1998.

2 Esto por lo que se refiere a la situación jurídica. Desde el punto de vista sociológico, no cabe duda de que, en términos generales, la situación del hijo nacido en una unión no matrimonial puede ser más desfavorable, pero por las propias características de estas uniones: por ejemplo, el hijo corre un mayor riesgo de verse involucrado en rupturas familiares, precisamente por la mayor inestabilidad sociológica que caracteriza a las parejas de hecho.



b En cuanto a las injusticias que la situación denunciada por la Exposición de Motivos provocaba respecto a los miembros de la pareja, su consideración precisa algo más de detenimiento. Parece, en efecto, que la injusticia reside en que el tratamiento legal de las uniones de hecho no es el mismo que el del matrimonio, cuando, según se afirma, se trataría de realidades asimilables. La solución sería, entonces, equiparar legalmente las parejas de hecho y el matrimonio. El problema aquí reside en que las diferencias entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales son muy importantes, desde varios puntos de vista; y son esas diferencias las que justifican y determinan un diferente tratamiento legal de ambas situaciones.

I) Desde el punto de vista sociológico, cabe destacar que las uniones no matrimoniales: 1) son poco numerosas: en nuestro país, como se ha dicho, constituyen apenas un 4% del total de parejas estables; el otro 98% está constituido por matrimonios; 2) son poco estables: más del 50% tienen una duración inferior a los cinco años, aunque hay que advertir también que en muchas ocasiones la situación de convivencia desemboca en el matrimonio, tras el nacimiento del primer hijo o hija; 3) son relativamente menos fecundas: mientras el número de

matrimonios sin hijos/as es del 9'41% del total de matrimonios, el número de uniones no matrimoniales sin hijos/as asciende hasta el 51'44%³. Estas diferencias se acentúan si nos referimos a las uniones homosexuales⁴.

Estos datos revelan, en una primera valoración, que la estructura interna de las parejas de hecho es, sociológicamente, mucho más endeble que la del matrimonio. Revelan también, por tanto, que la vertebración familiar de una sociedad será tanto más débil, cuanto más se apoye en uniones de hecho; o, dicho con otras palabras, que fomentar legalmente la existencia de uniones no matrimoniales hace un flaco favor a la vertebración familiar de la sociedad.

II) Desde el punto de vista jurídico, hay también una diferencia radical: el matrimonio se construye sobre el compromiso de futuro asumido por ambos cónyuges. Ese compromiso incluye la realización de una importante inversión personal de tiempo, energías y dedicación para la creación de un ámbito idóneo de aparición y socialización de nuevos miembros de la sociedad (los hijos/as); el Derecho apoya este compromiso, de enorme relevancia social, estableciendo un marco legal de derechos y obligaciones –en el que derechos y obligaciones están razonablemente equilibrados– que permitan al matrimonio y la familia cumplir con su función social. El compromiso es lo que dota de estabilidad institucional al matrimonio.

Frente a esto, en la configuración legal de las uniones no matrimoniales el compromiso jurídico está expresamente excluido: la unión aparece explícitamente como libre, es decir, como no comprometida. Es significativo, por ejemplo, que el art. 6 de la LPENC incluya como causa de extinción de las parejas estables no casadas la decisión unilateral de cualquiera de los convivientes: no se puede hablar, por tanto, de la existencia de un verdadero vínculo jurídico entre los convivientes. Por eso las parejas de hecho son “estables” sólo si se les mira desde el



3

Véase *Panorámica social de España 1994* (Madrid, Instituto Nacional de Estadística, 1995). Debe también destacarse en este punto el progresivo aumento de la proporción de hijos nacidos fuera del matrimonio –entre los que se cuentan los nacidos en el seno de parejas no matrimoniales, pero no sólo ellos–: si en España el número de nacimientos extramatrimoniales se sitúa en el 11% del total, en el conjunto de Europa la media sube hasta el 23%, y en los países nórdicos ronda, o incluso supera, el 50% de los nacimientos.

4

En efecto, las uniones homosexuales, que son todavía más escasas y menos estables (cfr. MARTÍN CASALS, “Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho”, *Anuario de Derecho civil* 1995-IV, pp. 1721; VAN DEN AARDWEG, “«Matrimonio» omosessuale & affidamento a omosessuali”, *Studi cattolici* 449/50 (1998), pp. 500 y ss.). Son además, por su propia configuración, menos fecundas que las heterosexuales: en el caso de las uniones entre varones, por imposibilidad biológica; en el caso de uniones entre mujeres, porque aunque la fecundidad –no de la pareja como tal, sino de una de sus integrantes– es posible a través de la inseminación artificial con semen de donante, el número de hijos nacidos por este sistema es, proporcionalmente, muy escaso.

5

Y, como veremos, en la LPENC ni siquiera eso: hay situaciones en las que la pareja sólo merece el calificativo de estable porque el legislador se lo da; y otras, en las que no hay ni siquiera pareja.

6

Sobre estas cuestiones, cfr. más por extenso MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, Rialp, 1996, especialmente pp. 115 y ss.

AUNQUE EL NÚMERO DE PAREJAS DE HECHO HA AUMENTADO PROGRESIVAMENTE, TANTO EN TÉRMINOS ABSOLUTOS COMO RELATIVOS, ES TODAVÍA UNA CIFRA MUY BAJA.

SUPONEN UN CUATRO POR CIENTO DEL TOTAL DE PAREJAS ESTABLES.



7

Es verdad que esto es así desde fechas bien recientes (23 de abril de 1999, día de entrada en vigor de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte), y que hasta entonces sólo los cónyuges podían testar mancomunadamente o nombrarse recíprocamente fiduciarios; y que también la posibilidad de otorgar pactos sucesorios estaba limitada indirectamente. Lo que ha hecho la LSCM en estos puntos es ampliar considerablemente el círculo de personas capaces de testar en mancomún, o de ser nombrados fiduciarios, o de otorgar pactos sucesorios. Y lo reprochable aquí es que las mismas Cortes que han discutido y aprobado esas reformas, hayan aprobado también, y después, unos preceptos que, precisamente en virtud de esas reformas, carecían ya de sentido: las Cortes han actuado como si su mano derecha no supiera lo que hace su mano izquierda. Nuevamente parece que son la precipitación, y un cierto deseo de legislar para la galería, los que ha guiado al legislador.

8

He presupuesto en todos estos casos que los componentes de la pareja estable son aragoneses, y residen en Aragón, para evitar mayores complicaciones. Lo cierto, sin embargo, es que la Ley provoca graves problemas de Derecho interregional, al carecer de previsiones específicas al respecto. De hecho, el art. 1, al señalar el ámbito de aplicación de la Ley, se refiere únicamente a personas mayores de edad, sin aludir para nada ni a su vecindad (si son o no aragoneses) ni a su residencia. A partir de ahí, los problemas se multiplican: ¿pueden dos sorianos que viven en Aragón pedir que se les aplique la Ley? ¿y dos aragoneses que residen en Soria? ¿qué ley se aplica a la pareja estable formada por un aragonés y una catalana: la aragonesa o la catalana? y así sucesivamente. Es una nueva imprevisión de la Ley, que abona la impresión de que su elaboración ha sido precipitada y escasamente meditada.

pasado⁵, pero no si se mira hacia el futuro. Al decir que una pareja de hecho es estable, lo que queremos decir, en realidad, es que suponemos que esa pareja durará en el futuro, porque ha durado ya un cierto tiempo⁶.

III) Una última (y breve) reflexión acerca de estas materias. Es cierto que al amparo del principio de libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 10 de la Constitución, cabe defender el derecho de las personas a establecer las relaciones convivenciales y afectivas que tengan por conveniente. Pero esto no incluye el derecho a que esas relaciones reciban un tratamiento jurídico determinado (por ejemplo, el mismo que recibe el matrimonio, u otro muy parecido). Es más, es habitual que algunas relaciones de convivencia, que efectivamente pueden darse en la práctica, sean excluidas expresamente de la reglamentación jurídica; lo hace la misma Ley que estamos analizando, por ejemplo, cuando excluye de su ámbito de aplicación las situaciones convivenciales y afectivas formadas por más de dos personas (art. 1), o en las que uno de sus integrantes está casado (art. 4.a), o cuando los componentes de la pareja son parientes en línea recta, o colateral hasta el segundo grado (art. 4. b y c): en todos estos casos dicha situación de convivencia y afectividad queda extramuros del Derecho, porque el Derecho no la considera digna de protección.

Lo que esto quiere decir, en resumen, es que el hecho de que dos personas convivan y de que exista entre ellos una determinada relación de afectividad no impone necesariamente el reconocimiento jurídico. A partir de ahí, lo que procede es determinar cuáles de esas situaciones de convivencia merecen la protección del Derecho, y cuáles son los criterios que conducen a dar reconocimiento jurídico a alguna de esas situaciones. Y eso es lo que, a mi modo de ver, no ha quedado suficientemente justificado en la Exposición de Motivos de la Ley; es más, a la luz de cuanto ha quedado expuesto, lo que queda claro es que hubiera sido precisa una reflexión más atenta y ponderada que la que se ha llevado a cabo.

C

Para finalizar con estas observaciones de carácter general, no está de más poner de relieve que la Ley es, desde algún punto de vista, engañosa, en cuanto parece conceder a los componentes de una pareja estable algunos derechos, de los que en realidad ya gozaban antes de la entrada en vigor de la Ley.

Es lo que ocurre, destacadamente, con los artículos 10 (adopción) 15 (testamento mancomunado), 16 (pactos sucesorios), y 17 (fiducia). En efecto, por un lado, las parejas estables heterosexuales podían adoptar conjuntamente ya desde 1987; por otro lado, tras la entrada en vigor de la Ley de 24 de febrero de 1999, de Sucesiones por Causa de Muerte –en adelante, LSCM–, los convivientes pueden testar mancomunadamente (como pueden hacerlo, en realidad, cualesquiera dos aragoneses: art. 102 LSCM), pueden otorgar pactos sucesorios (también como cualesquiera aragoneses: art. 62 LSCM) o pueden nombrarse respectivamente fiduciarios (como cualquier aragonés/a puede nombrar uno o varios fiduciarios/as: art. 124 LSCM)⁷. Es decir, que en estos puntos la LPENC no innova nada, no añade nada a lo que ya existía: los derechos y facultades de los componentes de una pareja estable serían exactamente los mismos aunque los artículos de la ley que he citado más arriba no existieran. Lo cual quiere decir, además, que en estos casos no existe la justificación aducida de evitar injusticias: en las materias a que acabo de referirme, no hay injusticia posible, porque la situación de los cónyuges y la de los convivientes era ya idéntica⁸.

II LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS PAREJAS DE HECHO

La Ley, en sus arts. 1, 3 y 5, establece qué requisitos positivos y negativos ha de reunir una pareja para quedar amparada por la misma Ley.

A

Son requisitos positivos:

a

Que exista una relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 1): la expres-



sión no es particularmente acertada, pero hay que advertir que ello no es culpa del legislador aragonés, que se ha limitado a reproducir una fórmula que goza de notable predicamento normativo, desde 1987. El problema no es sólo de comprobación de la efectiva existencia de esa relación de afectividad (y no está de más recordar que tanto entre cónyuges como, en mayor proporción, entre convivientes, existen los malos tratos), sino también de la propia consideración jurídica de la afectividad. La afectividad, en sí misma considerada, carece de una específica relevancia jurídica: así, por el solo hecho de que dos personas se quieran (realmente) como un padre y un hijo, a nadie se le ocurre que deban ser tratados jurídicamente como padre e hijo (para eso, haría falta que lo fueran, o que la relación se constituyera mediante la adopción, que está sometida a un régimen muy estricto); o que quienes se quieran como hermanos sin serlo, deban ser tratados jurídicamente como hermanos. Pues bien, que dos personas se quieran en forma parecida a como se quieren muchos cónyuges, no quiere decir que deban ser tratadas jurídicamente como si fueran cónyuges: les falta algo que, como he indicado, es nuclear para el Derecho (el compromiso). En el fondo, la cuestión es que el fundamento de la regulación del matrimonio no es la existencia de una relación de afectividad entre los cónyuges, por lo que la presencia de una relación de afectividad parecida entre dos personas no es suficiente para justificar la aplicación del argumento analógico.

b

Que haya habido convivencia durante un periodo mínimo de dos años ininterrumpidos o, alternatively, que se haya manifestado la voluntad de constituir la pareja de hecho mediante escritura pública (art. 3.1). Esto quiere decir:

1) Que cuando dos personas entre las que media una relación de afectividad análoga a la conyugal conviven durante más de dos años ininte-

rrumpidos, quedan sometidos a las previsiones de la Ley, lo quieran o no; es decir, aunque hayan optado por no casarse precisamente porque prefieren mantener su relación al margen del Derecho. Lo que la Ley hace aquí, entonces, es imponer su regulación a esa pareja, pero sin contar con la voluntad de los convivientes; ello podría vulnerar el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, en cuanto impone a los convivientes una configuración legal de su relación no querida por ellos⁹.

2) Que aunque no haya habido convivencia, si dos personas deciden acudir al notario y otorgar la correspondiente escritura pública, constituyen desde ese mismo momento, y sin necesidad de haber comenzado la convivencia (basta con manifestar la voluntad de constituir una pareja estable para que quede constituida), una pareja estable, sometida a las previsiones de la Ley. Nuevamente el resultado es llamativo. En efecto:

I) Por un lado, ¿dónde reside la “estabilidad” de una pareja que no ha convivido (carece por tanto de una estabilidad pretérita, procedente del hecho de que la convivencia ya ha durado un cierto tiempo¹⁰), cuyos miembros no asumen compromiso alguno de estabilidad futura, y que además es libremente disoluble por la voluntad de cualquiera de ellos? En este caso, la pareja sólo es estable por decisión de quien legisla.

II) Por otro lado, se puede ser pareja estable legalmente, por haber otorgado la escritura correspondiente, sin llegar a serlo de hecho, por no haberse iniciado (incluso, no llegar nunca a iniciarse) la convivencia: en cuyo caso, como veremos inmediatamente, hará falta una separación por más de un año para que esa pareja estable puramente ficticia (por no haber habido nunca convivencia) se extinga legalmente.

III) Desde esta misma perspectiva, llama la atención que una pareja estable pueda subsistir desde el punto de vista jurídico, cuando ya no existe en la realidad. En efecto, de acuerdo con el art. 6.1.d, la pareja estable se extingue por separación de hecho de más de un año. Esto quiere decir que una pareja estable, separada de hecho desde hace varios meses, pero todavía no un año, sigue siendo legalmente pareja estable, cuando de hecho ha dejado de ser no ya estable, sino incluso pareja. Como en el caso mencionado en el párrafo anterior, hay aquí una pura ficción legal de que dos personas, que ya no conviven, forman todavía una pareja estable.

3) Lo razonable hubiera sido configurar estos dos requisitos no como alternativos, sino como cumulativos. De haberse hecho así las cosas, sería pareja estable la que hubiera convivido durante dos años (tendría, así, esa estabilidad fundada en la convivencia previa a que me he referido más arriba), y, además, hubiera manifestado su voluntad de constituirse jurídicamente como tal, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (con lo que se respetaría la voluntad de los convivientes, en caso de que prefirieran continuar su relación al margen de la normativa establecida por la LPENC).

B

El art. 4 establece unos requisitos de capacidad de contenido negativo, a los que hay que sumar el derivado del art. 1: entre ambos se configura un elenco de impedimentos, construido en buena parte sobre la plantilla de los impedimentos matrimoniales. Conforme a tales preceptos, no pueden constituir pareja estable no casada:

a

Los menores de edad (art. 1): hay aquí una apreciable diferencia respecto al matrimonio, que puede ser

**9**

Puede ser oportuno aquí traer a colación, como hacía LACRUZ con sentido del humor (y mucho sentido común), la historia de “Juanito el explorador. Los exploradores o boy-scouts tuvieron gran auge en España durante el primer tercio de este siglo –escribe LACRUZ–, y entre sus deberes cívicos estaba el de hacer cada día una buena acción. Al explorador de mi cuento le preguntan sus padres por la buena acción de aquel día, y él contesta: «entre Pepito y yo hemos ayudado a pasar la calle a un ciego». Su padre le pregunta a continuación «¿y por qué entre dos?» A lo que responde el niño muy serio: «es que él no quería»”: LACRUZ BERDEJO, “Convivencia more uxorio: estipulaciones y presunciones”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (ed.), *Centenario del Código civil* (Madrid, CEURA, 1990), t. I, p. 1.062.

10

La estabilidad característica de las uniones no matrimoniales es, precisamente, la que he llamado “estabilidad pretérita”, manifestada en el hecho de haber durado la unión ya un cierto tiempo: merece el calificativo de estable porque ya ha durado un tiempo que se estima suficiente. En ello se diferencian de las uniones matrimoniales, en las que la estabilidad tiene carácter institucional, y viene dada por el compromiso de futuro asumido por los cónyuges en el momento de contraer matrimonio: cfr., con mayor detalle, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, cit., especialmente pp. 129 y ss.

11

En el caso del parentesco colateral, la LPENC matiza las previsiones del Código civil, en cuanto permite directamente, y sin necesidad de dispensa, la posibilidad de que parientes colaterales de tercer grado (tío y sobrina, por ejemplo) integren una pareja estable no casada; tales parientes necesitarían, sin embargo, dispensa judicial para contraer matrimonio (art. 48 del Código civil).

12

Las he expuesto por extenso en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, cit., especialmente pp., y “Las uniones de hecho: Derecho aplicable”, en prensa en *Actualidad civil*.

contraído por menores de edad emancipados, o mayores de catorce años con autorización judicial. La previsión parece, en este caso, razonable, aunque lo que quiere decir no es tanto que no pueda haber uniones no matrimoniales integradas por menores de edad, cuanto que a tales uniones, de existir, no les es aplicable el régimen establecido por la Ley.

b

Los que estén ligados con vínculo matrimonial (art. 4.a).

c

Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción (art. 4.b), y los parientes colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado (art. 4.c).

d

Los que formen pareja estable con otra persona (art. 4 d), mientras la pareja no se haya extinguido, y, en su caso (es decir, cuando la pareja se constituyó mediante documento público), hayan transcurrido seis meses desde que quedó sin efecto la escritura pública correspondiente a la convivencia anterior (art. 6.4). A estos efectos, conviene recordar que la pareja estable se extingue, de acuerdo con lo que dispone el art. 6, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes, por acuerdo de ambos convivientes o decisión unilateral de uno de ellos, por separación de hecho de más de un año, o por matrimonio de uno de sus miembros.

Conviene también recordar que en todos estos casos la Ley no contiene propiamente una prohibición de formar una pareja estable (pretensión que sería, sin duda, excesiva). Lo que hace es, según ya ha quedado apuntado, disponer que a tales parejas no les será de aplicación lo dispuesto en la Ley.

Como he indicado más arriba, estos requisitos están calcados sobre el régimen de impedimentos del matrimonio civil: se recogen, en efecto, los impedimentos de vínculo matrimonial y edad (art. 46 del Código civil)¹¹, y el de parentesco en línea recta o cola-

teral (artículo 47 del Código civil), y se añade el de integrar una pareja estable no extinguida (que, en la perspectiva de las uniones de hecho juridificadas es asimilable al de vínculo). Desaparece, sin embargo, el impedimento de crimen, que impide contraer matrimonio a los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge anterior: las razones de moralidad pública que aconsejan el mantenimiento de este impedimento matrimonial, abonarían también su extensión a las parejas estables no casadas legalmente reconocidas; por otro lado, lo que ha hecho el legislador aragonés provoca el riesgo de vaciar de sentido el impedimento matrimonial, puesto que si bien quienes han causado dolosamente la muerte del cónyuge de uno de ellos no podrán casarse entre sí, sí podrán constituir una pareja estable legalmente reconocida, cuyo status es cada vez más cercano al del matrimonio. Probablemente se ha obrado aquí, nuevamente, con una cierta ligereza.

En todo caso, si comparamos el elenco de requisitos del matrimonio con el de las parejas estables no casadas, tal y como estas son reguladas en la Ley aragonesa, concluiremos fácilmente que la principal novedad introducida por esta Ley, más allá de la desaparición del impedimento de crimen (que puede ser justamente calificado como impedimento periférico, que no afecta a la naturaleza del matrimonio), es la admisión de las parejas homosexuales. En efecto, hay una llamativa coincidencia entre quienes no pueden contraer matrimonio y quienes no pueden integrar una pareja estable no casada; el caso en el que esta correspondencia falla de manera más radical, y que afecta además a aspectos nucleares de la configuración tanto del matrimonio como de las parejas de hecho, es el de las parejas homosexuales, que tienen vedado el acceso al matrimonio, por razones que considero atendibles¹². Se trata de una opción explícita del legislador aragonés, que probablemente hubiera necesitado también de mayor reflexión. Pero ya hemos ido viendo que no es precisamente reflexión lo que ha abundado en la elaboración de esta Ley.

Matrimonio, **P**areja **E**stable no **C**asada y **D**erecho de **S**ucesiones

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Civil.
Facultad de Derecho.
Universidad de Zaragoza

D E R E C H O
A U T O N O M Í A S



I. LA MUJER CASADA Y LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES. DESAPARICIÓN DE LAS TRADICIONALES DISCRIMINACIONES

En este trabajo, al comparar los efectos que las leyes aragonesas vigentes predicen del matrimonio y de la convivencia en pareja estable no casada, veremos que se ha iniciado un tímido proceso de asimilación del tratamiento jurídico de estas dos formas alternativas de convivencia familiar. Es algo en extremo novedoso, especialmente si se tiene en cuenta que en España, hasta la Constitución de 1978, era frecuente en las leyes la existencia de discriminaciones negativas para los hijos/as extramatrimoniales (ilegítimos/as) por ser fruto de relaciones ilícitas o inmorales e, incluso dentro del matrimonio, la prevalencia del marido sobre la mujer era lo habitual. Por ello conviene comenzar recordando brevemente esta situación no tan lejana antes de reflexionar sobre la pretendida equiparación, total o parcial, de la convivencia matrimonial y la extramatrimonial.

La familia aragonesa ofrece históricamente rasgos de más pronunciada igualdad y reciprocidad de derechos en las relaciones conyugales, especialmente en el Derecho de los Fueros más antiguos donde rige el principio de disposición conjunta de los bienes inmuebles. En 1967, al aprobarse la Compilación del Derecho civil, se da por supuesta la aplicación en Aragón de las restricciones a la capacidad de obrar de la mujer casada contenidas en el Código civil: hasta 1975 no se suprime el deber de la mujer de obedecer a su marido (art. 57 Cc.), la obligación de seguir a su marido donde quiera que fije su residencia (art. 58 Cc.) y la imposibilidad, sin licencia o poder de su marido, de comparecer en juicio (art. 6.º Cc), adquirir o enajenar bienes y contraer obligaciones, con las excepciones previstas en la Ley (art. 61 Cc.): hasta 1975 el Código civil decía que el marido era el representante de su mujer (art. 60 Cc.).

Hay que dejar constancia de que, no obstante, la preocupación por la equiparación jurídica del marido y la mujer –con claros antecedentes en el Derecho

histórico aragonés y generalizada en casi todos los países civilizados de esa época– estuvo presente en los sucesivos estadios de la elaboración de la Compilación de 1967, aunque quizás más acentuada en los textos primitivos (especialmente en el del Seminario de la Comisión Compiladora) que en el definitivo: la regulación del activo, pasivo, disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal no discrimina entre marido y mujer; en cambio la administración de los bienes comunes e incluso de los privativos de la mujer (“en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración”) correspondía, de ordinario, exclusivamente al marido (arts. 48 y 49 Comp.); en caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar sobre los hijos/as –que corresponde ya en 1967 a los padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares– se atribuía la decisión al padre (art. 9 Comp.); había también discriminaciones entre hijas e hijos legítimos e ilegítimos especialmente en Derecho de sucesiones.

Con la reforma del Cc. de 1975 se suprime la licencia marital y se proclama que “el matrimonio no se restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges” (art. 62.1.º Cc.), pero habrá que esperar a la Constitución de 1978 para que las restantes discriminaciones por razón de sexo –dentro o fuera del matrimonio– y por razón de filiación contenidas en muchas leyes españolas –menores en las normas “aragonesas” de 1967– devengan inconstitucionales. Los legisladores ordinarios competentes por razón de la materia, con mayor o menor celeridad, acometen la revisión del Derecho civil para adaptarlo a los nuevos principios constitucionales.

La Exposición de Motivos de la Ley aragonesa de 21 de mayo de 1985, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón, señala que “los principios constitucionales de igualdad de los hijos ante la ley, y la de los cónyuges en el matrimonio, así como la introducción del divorcio como causa de la disolución del vínculo matrimonial, exigen una revisión profunda del Derecho civil aragonés”. Desde 1985, tanto los hijos e hijas –nacidos dentro o fuera del matrimonio–

como los cónyuges –sin distinción entre marido y mujer– reciben el el Derecho civil aragonés el mismo trato. Por lo demás, ya en la regulación de 1967 las normas relativas a las relaciones entre ascendientes y descendientes (arts. 9 a 14 Comp.) son aplicables en todo caso, tanto si los padres o personas con autoridad familiar se hallan casados (entre sí o con terceras personas) como si no, tanto si los padres conviven entre sí de forma estable como si se hallan separados, de hecho o judicialmente o divorciados; también se aplica dicha regulación desde 1981 a la relación paterno-filial surgida de la adopción (sin que hiciera ninguna falta proclamarlo expresamente, desde 1988 dice el art. 19.1 de la Compilación que “los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza”).

Ninguna discriminación queda, por tanto, en el Derecho civil aragonés por razón de nacimiento (hijos/as extramatrimoniales) o de sexo (mujer casada). De existir alguna, sería inconstitucional.

II. LICITUD DE LA CONVIVENCIA EXTRAMATRIMONIAL Y CONSTITUCIONALIDAD DEL TRATAMIENTO LEGAL MÁS FAVORABLE AL MATRIMONIO

Un fenómeno social más viejo que el matrimonio y que ha coexistido con él a la largo de los tiempos, pero normalmente al margen del Derecho, es el de las parejas estables no casadas –o parejas de hecho– entre personas del mismo o distinto sexo. Hasta no hace mucho la convivencia extramatrimonial era para el Derecho español ilícita o inmoral y, por ello, se consideraban nulos los actos y contratos entre convivientes *more uxorio*; las hijas/os nacidos de estas uniones eran ilegítimos –naturales, adulterinos, sacrílegos– y recibían un tratamiento legal, en cualquiera de sus modalidades, peor que los hijos/as “legítimos” (los nacidos de padres casados entre sí). En la actualidad estas uniones han pasado a ser realidades lícitas y constitucionalmente protegidas, en cuanto ejercicio del principio de libre desarrollo de la personalidad individual (art. 10.1 CE) para poder formar una



familia (art. 39.1 CE) eludiendo el matrimonio como modelo de convivencia (art. 32 CE). Tan lícita es ahora la convivencia matrimonial como la convivencia de las parejas estables no casadas.

Desde principios de los años 80 el legislador ordinario ha ido reconociendo en distintas leyes algunos efectos a la convivencia extramatrimonial, primero sólo para las parejas heterosexuales y finalmente también para las homosexuales. Ante la falta de regulación de muchas de las cuestiones que suscita la convivencia en pareja al margen del matrimonio, la jurisprudencia ha ido dando respuestas, no siempre coincidentes, a los problemas derivados sobre todo de la ruptura de la convivencia *more uxorio*, recurriendo frecuentemente a normas de Derecho patrimonial y a principios generales del Derecho, rechazando la aplicación analógica de la regulación propia del matrimonio.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes y que, por ello, el legislador ordinario puede dar un trato diferente y más favorable a la familia matrimonial, siempre que no sea discriminatorio ni haga insoportable la situación de los que deciden no casarse (STC 184/1990). Pero, a su vez, ha indicado que la familia protegida en el art. 39.1 CE es también la extramatrimonial (STC 222/92); que no es inconstitucional limitar el matrimonio a las parejas heterosexuales; que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a la unión familiar homosexual. Lo cual no excluye que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento europeo (ATC 222/1994). Mientras se considere que la diferencia de sexo como requisito para contraer matrimonio no es inconstitucional, no pueden los convivientes del mismo sexo pretender su equiparación a los casados (STC 155/98).

La todavía escasa aceptación social de las uniones homosexuales, unida a la

interpretación que considera contenido esencial del derecho al matrimonio (art. 32.1 CE) la heterosexualidad, hacen impensable, de momento, la extensión de la regulación del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

La pareja estable no casada, homosexual o heterosexual, además de una manera de convivir lícita y alternativa al matrimonio, es una forma de familia para la que también reclama el art. 39.1 CE medidas de protección económica, jurídica y social; el principio de protección a la familia, en sentido amplio, según el art. 53.3 CE informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Por consiguiente, parece seguro que el legislador ordinario no puede tratar la convivencia extramatrimonial peor que la no convivencia y, asimismo, que tampoco puede tratarla mejor que a la convivencia matrimonial, porque el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución mientras que la unión de hecho *more uxorio* no lo es.

La Constitución deja en manos del legislador ordinario la determinación del grado de protección a dispensar a las parejas no casadas que conviven de forma estable, pudiendo abordar su regulación de modo parcial o total, distinguiendo o no entre la convivencia de hecho de quienes pueden contraer matrimonio entre sí y la de quienes por ser del mismo sexo no podrían casarse entre sí aunque lo quisieran. Sin atentar contra el derecho a no estar casado, el legislador puede introducir, en defecto de acuerdo de la pareja, elementos de igualdad, equilibrio y responsabilidad entre los convivientes de hecho, que pese a la intervención del legislador deben poder seguir siendo pareja de hecho y disolver su unión libremente. Respetando estos límites, cabe una cierta aproximación a la regulación de los efectos previstos para el matrimonio. No obstante, hay aspectos como la adopción conjunta, la autoridad familiar compartida sobre los hijos/as de un miembro de la pareja, la autoridad familiar del conviviente no progenitor superviviente y la paternidad conjunta derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida que, por el momento, sólo parecen

socialmente aceptables para el matrimonio o las parejas de hecho heterosexuales.

El Derecho comparado suministra suficientes ejemplos de regulación de las parejas estables no casadas, especialmente de las homosexuales; en España las proposiciones de ley sobre esta materia de IU y del PSOE fueron rechazadas, mientras que las de Coalición Canaria y del Partido Popular fueron admitidas a trámite en 1997 pero los trabajos parlamentarios se hallan paralizados. En Cataluña se ha aprobado la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, y en Aragón la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas.

III. MATRIMONIO Y PAREJA DE HECHO EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1

La Compilación del Derecho civil de Aragón.

El Derecho civil aragonés, hasta la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, estaba constituido por la Compilación de 1967 –reformada en 1985, 1995– integrada con la costumbre y los principios generales tradicionales del ordenamiento jurídico aragonés; ahora hay que añadir a la Compilación vigente la Ley de Sucesiones, que ha derogado el libro II de la Compilación (“Derecho de sucesión por causa de muerte”) y ha dado nueva redacción a su Título Preliminar, y la Ley de Parejas estables no casadas que en el ámbito civil viene a extender a tales parejas algunos de los efectos previstos para el matrimonio por la Compilación, la Ley de Sucesiones o el Derecho civil supletorio.

De las normas de la Compilación vigente guardan relación con el matrimonio las siguientes: la regulación de la mayoría de edad por matrimonio (art. 4); la ausencia y representación del cónyuge ausente (arts. 7 y 8); la participación del cónyuge del progenitor en el ejercicio de la autoridad familiar (art. 9.3); la posible autoridad familiar del cónyuge no progenitor del bínubo premuerto (art. 10); el régimen económico



conyugal (arts. 23-59); la comunidad conyugal continuada (arts. 60-71) y la viudedad (arts. 72-88).

Desde la reforma de 1985, el usufructo de viudedad se extingue “por nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario, o por llegar el cónyuge marital estable” (art. 86.1.2.º): para evitar posibles fraudes al derecho de viudedad se equiparan nuevo matrimonio y vida marital estable del cónyuge viudo; pero la equiparación no es total puesto que respecto del nuevo matrimonio cabe pacto contrario a la extinción del derecho de viudedad, mientras que tal posibilidad está formalmente excluida para el supuesto de vida marital estable. Diferencia de trato que, en la actualidad, no parece ya justificada.

2

La Ley de Sucesiones por causa de muerte.

La Ley de Sucesiones ha hecho justa aplicación en el campo sucesorio del tradicional principio aragonés de libertad civil proclamando en su art. 3.º que “el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae*”. Por ello, simplificando los requisitos de validez y forma de los pactos sucesorios contenidos en la Compilación, se dice ahora que “son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto” (art. 62 LS), siempre que los otorgantes sean mayores de edad (art. 63 LS). No es preciso, pues, que los otorgantes estén casados o vayan a casarse entre sí (otorgamiento en capitulaciones matrimoniales), ni que sean parientes consanguíneos o afines o adoptivos, o que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias (cfr. art. 99 Comp.). Algo parecido ha sucedido con el testamento mancomunado que “es el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin

liberalidades mutuas y disposiciones correspondientes, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos” (art. 91.3 LS); dice la Ley de Sucesiones que “los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón” (art. 102.1 LS), mientras que en la regulación derogada sólo los cónyuges podían testar de mancomún (cfr. Art. 94 Comp.). Por último, el principio de libertad civil se ha proyectado también sobre la fiducia sucesoria de modo que ahora “todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente” (art. 124 LS), mientras que antes la fiducia individual sólo estaba prevista para el matrimonio permitiéndose a cada cónyuge nombrar fiduciario al otro (cfr. art. 110 Comp.). Tres instituciones netamente aragonesas—los pactos sucesorios, el testamento mancomunado y la fiducia sucesoria—se abren y generalizan para que todos los interesados que reúnan los requisitos de capacidad exigidos por la Ley puedan usar de ellas libremente. Por supuesto, también los que convivan extramatrimonialmente.

La Ley de Sucesiones sólo ha introducido una norma específicamente referida a la convivencia *more uxorio*, precisamente en sede de fiducia sucesoria: según el art. 147 LS “La condición de fiduciario se pierde: [...] e) Cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa”; el trozo subrayado no existía en el art. 110.2 de la Compilación que es el precedente de esta norma. Como en el art. 86 de la Compilación que acabamos de citar, convivencia matrimonial y extramatrimonial se equiparan, aquí para producir la pérdida de la condición de fiduciario del cónyuge viudo, pero obsérvese también la diferencia: la pérdida de la condición de fiduciario no tendrá lugar en ninguno de los dos supuestos si el comitente así lo ha dispuesto expresamente.

Con las expresiones “vida marital estable” o “vida marital de hecho” se alude a cualquier supuesto de convivencia de hecho estable y análoga a la marital, aun-

que no reúna los requisitos para ser considerada pareja estable no casada de las reguladas en la Ley aragonesa de Parejas. Por lo demás, la norma del art. 147 e) LS se aplica sólo cuando es fiduciario el cónyuge viudo, no, por tanto, cuando es fiduciario otra persona, como por ejemplo el conviviente supérstite de la pareja de hecho: aunque contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho el conviviente no pierde la condición de fiduciario.

3

De la Proposición socialista a la Ley de Parejas aprobada.

Mientras la Comisión Aragonesa de Derecho Civil preparaba el Anteproyecto de Ley de Sucesiones el G.P. Socialista presentó la Proposición de Ley de Parejas estables no casadas (publicada en el BOCA núm. 180, de 24 de abril de 1998) que fue tomada en consideración por el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 4 y 5 de junio de 1998 (*Diario de Sesiones* núm. 84); esta Proposición de Ley, en materia de sucesiones incluía los siguientes textos:

a

“1. Los miembros de una pareja estable, unidos por contrato de convivencia, podrán testar de mancomún, aun fuera de Aragón. 2. A dichos testamentos les serán de aplicación las normas que, sobre revocación, correspondencia y pacto al más viviente, establece la Compilación aragonesa” (art. 16).

b

“La pareja estable será tenida por matrimonio al objeto de poder celebrar pactos sucesorios, siéndoles de aplicación las normas que al respecto establece la Compilación aragonesa” (art. 17).

c

“Cada miembro de la pareja será considerado como cónyuge del otro para poder ordenar su respectiva sucesión hereditaria mediante fiducia”. (art. 18).

d

“El miembro supérstite de una pareja estable ocupará en la sucesión intestada del otro la misma posición que, conforme a la legislación aragonesa, hubiera correspondido al cónyuge” (art. 19).



e

“Para los supuestos de aplicación extensiva de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, previstos en esta ley, cuando aquélla haga referencia a la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, deberá interpretarse como extinción del contrato de convivencia por mutuo acuerdo o por revocación unilateral” (art. 20).

La Proposición de Ley pretendía, pues, una total equiparación de efectos sucesorios entre el matrimonio y la pareja estable no casada en ella regulada; la equiparación se predicaba también para el resto de instituciones civiles aragonesas aplicables al matrimonio (ausencia de cónyuge, Junta de Parientes, régimen económico matrimonial –paccionado o legal– y viudedad): asimismo la equiparación afectaba a algunas instituciones del Derecho supletorio como la adopción conjunta, la delación dativa de la tutela, los alimentos legales o el uso de la vivienda habitual y la indemnización económica en caso de ruptura de la convivencia.

De no haber sido tomada en consideración por las Cortes de Aragón, es posible que la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, antes de concluir su trabajo, hubiera tenido que reflexionar sobre la incidencia que el fenómeno de las parejas de hecho debía tener en la Ley de Sucesiones; pero tomada en consideración la Proposición de Ley sobre parejas estables no casadas e iniciada la tramitación parlamentaria, la Comisión continuó su trabajo de puesta al día, desarrollo y profundización del Derecho aragonés de sucesiones por causa de muerte sin hacer referencia alguna a este asunto –el de las parejas estables no casadas– que estaba siendo simultáneamente debatido por el Parlamento aragonés.

Sin embargo, como sabemos, la Ley de Sucesiones fue aprobada finalmente antes que la Ley de Parejas y en unos términos, pese a las numerosas enmiendas habidas, casi literalmente coincidentes con el texto del Proyecto del Gobierno que había sido elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho civil; en cambio el contenido de la Ley de Parejas se parece muy poco al de la Proposi-

ción de Ley socialista: no se establece un régimen económico legal, no hay derecho de “viudedad”, no se da entrada a la Junta de Parientes para resolver asuntos familiares o sucesorios de los convivientes, las consecuencias de la ruptura son otras, no se conceden derechos en la sucesión legal, no hay equiparación al matrimonio en los restantes aspectos del Derecho de sucesiones; sólo los arts. relativos a la prole común (art. 8, totalmente innecesario), adopción (art. 10), representación del ausente (art. 11), delación dativa de la tutela (art. 12), derecho de alimentos (art. 13) e inexistencia de parentesco (art. 14) guardan relación directa con los de la Proposición de Ley. En definitiva, las Cortes de Aragón no han querido dar un trato igualitario, en los aspectos civiles, al matrimonio y a la pareja estable no casada, salvo en las concretas equiparaciones contenidas en la Ley de Parejas.

IV. DERECHO DE SUCESIONES Y PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

1

Pactos sucesorios, testamento mancomunado y fiducia.

Ya hemos comentado que la Ley de Sucesiones desvincula del matrimonio los pactos sucesorios, el testamento mancomunado y la fiducia sucesoria individual; pero que, no obstante en esas y en otras instituciones sucesorias, la Ley de Sucesiones sigue haciendo específicas referencias al matrimonio o a la condición de cónyuge.

Según lo dispuesto en los arts. 89 y 123 de la Ley de Sucesiones, salvo que del pacto sucesorio o del testamento (individual o mancomunado) resulte otra cosa, quedarán sin efecto las atribuciones sucesorias pactadas entre cónyuges, igualmente quedarán sin efecto las disposiciones corresponsivas entre cónyuges y las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer el cónyuge disponente estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Se establece, por tanto, una ineficacia de las atribu-

ciones sucesorias hechas entre cónyuges o por uno de ellos a favor del otro como efecto de la nulidad, el divorcio y la separación o por el hecho de haber iniciado los trámites procedimentales dirigidos a ese fin. En estos mismos supuestos la ineficacia afecta también al nombramiento del cónyuge como fiduciario (art. 125.2 LS) y al llamamiento legal a favor del cónyuge viudo que no tendrá lugar si al fallecimiento del causante estuviera decretada judicialmente la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación (tampoco si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, art. 216.1 LS).

La Ley relativa a Parejas estables no casadas se ha limitado finalmente, en materia de sucesiones, a decir simplemente que los miembros de la pareja estable no casada pueden testar de mancomún (art. 15), pueden otorgar pactos sucesorios (art. 16), y cada uno de ellos puede ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia (art. 17), todo ello, en los tres casos, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa. Tres preceptos enteramente inútiles pues todo sería como ellos dicen aunque no existieran: nada añaden a lo ya dispuesto, según hemos visto, por la Ley de Sucesiones. El art. 20 de la Proposición de Ley socialista que extendía a la extinción de la pareja estable no casada los efectos previstos en la Compilación para la nulidad del matrimonio, la separación o el divorcio de los cónyuges, no ha pasado a la Ley y, por tanto, la interpretación más segura es que no se ha querido esta equiparación: producida la ruptura de la convivencia extramatrimonial no se producirá la ineficacia de las atribuciones sucesorias paccionadas o dispuestas en testamento a favor de uno de los convivientes, tampoco se producirá la ineficacia del nombramiento del conviviente como fiduciario. La ineficacia de tales disposiciones sucesorias sólo podrá conseguirse mediante la revocación del título en el que se establecieron.

De la comparación de la Ley de Sucesiones y la Ley relativa a Parejas resulta que ésta, aprobada después de aquélla y que

trata monográficamente de las parejas estables no casadas, nada ha añadido a lo previsto, de forma genérica, por la Ley de Sucesiones por causa de muerte. Los miembros de la pareja estable no casada de las reguladas en la Ley de Parejas pueden otorgar pactos sucesorios, testar de mancomún, nombrarse fiduciario el uno al otro, lo mismo que las personas casadas, lo mismo que las personas que convivan en pareja de hecho sin los requisitos de la Ley de Parejas y lo mismo que cualesquiera ciudadanos/as que reúnan los requisitos de capacidad previstos en la Ley de Sucesiones para poder otorgar pacto sucesorio, testamento mancomunado o designar fiduciario. Lo que al respecto dicen los artículos 15, 16 y 17 es totalmente innecesario: para no añadir nada nuevo, mejor hubiera sido suprimir dichos artículos.

2
Inexistencia de derechos en la sucesión legal.

Tampoco ha pasado a la Ley de Parejas el art. 19 de la Proposición de Ley socialista que concedía al miembro superviviente de una pareja estable los mismos derechos en la sucesión intestada (o legal) que corresponden al cónyuge. Los convivientes sobrevivientes carecen, por tanto, de derechos sucesorios en la sucesión legal.

3
Derechos familiares del conviviente superviviente.

Los derechos que para el caso de fallecimiento de uno de los convivientes prevé el art. 9 de la Ley de Parejas no son precisamente derechos sucesorios sino más bien consecuencias patrimoniales derivadas de la extinción de la pareja por muerte de uno de sus integrantes; tanto el derecho del superviviente al mobiliario y ajuar de la vivienda habitual (incluidos los útiles e instrumentos de trabajo) como el derecho a residir gratuitamente en ella durante el plazo de un año (“any de plor” catalán), son derechos de origen legal, que no admiten pacto en contrario, y que corresponden al conviviente superviviente con independencia de los derechos hereditarios que el otro le haya podido atribuir, es



decir, sin tener que computarlos en su haber hereditario. Se trata, pues, de unos derechos familiares cuyas características nos hacen recordar a las conocidas “ventajas” propias del régimen económico matrimonial, si bien éstas recaen necesariamente sobre bienes comunes de los cónyuges (v. art. 57 Comp).

4
Las normas sucesorias previstas para los cónyuges no son aplicables a los miembros de la pareja estable no casada.

Aprobada la Ley de Parejas con un contenido tan alejado de la inicial Proposición socialista, parece lo más sensato entender que las múltiples referencias que la Ley de Sucesiones prevé sólo para los cónyuges no son aplicables –directamente o por analogía– a los miembros de una pareja estable no casada de las reguladas en la Ley de Parejas, como no deben serlo tampoco a cualesquiera otras parejas de hecho. Quien legisla podría haber equiparado la convivencia matrimonial y la extramatrimonial a efectos sucesorios, pero no lo ha hecho y, por tanto, quien interpreta no puede pretender la aplicación analógica de las normas del matrimonio a la familia no matrimonial para así completar o integrar la escasa

regulación de la Ley de Parejas, porque son realidades distintas, sin identidad de razón que sólo quien legisla puede aproximar o equiparar si así lo desea: donde el legislador de la pareja estable no casada nada ha dicho debe acudir a los principios generales del Derecho civil. Ahora bien, la genérica negación de la aplicación por analogía de las normas previstas para los cónyuges a los convivientes de hecho (analogía *legis*) no debe llevarnos a descartar toda posibilidad de analogía específica para hechos concretos cuando los principios generales lo requieran (analogía *iuris*).

Veamos ahora las restantes normas que la Ley de Sucesiones prevé para los cónyuges y que, como se acaba de decir, no son en principio aplicables analógicamente a las parejas de hecho:

- Son incapaces de suceder por causa de indignidad los que fueren condenados por haber atentado contra la vida del *cónyuge* del causante (art. 13 LS). No es causa de indignidad, en principio, atentar contra la vida del conviviente del causante.
- Es causa legal de desheredación haber maltratado de obra o injuriado gravemente al *cónyuge* del padre o ascendiente que le deshereda, siem-



pre que dicho cónyuge sea también ascendiente del desheredado (art. 195 c) LS). Esta causa no es extensible genéricamente al conviviente del ascendiente que deshereda.

- El usufructo de viudedad del *cónyuge* del transmitente se extenderá a los bienes así adquiridos por los herederos de éste, sin perjuicio del que, en su caso, previamente corresponda al *cónyuge* del primer causante (art. 89 LS). El conviviente del transmitente no tiene derecho de viudedad.
- No puede ser testigo en el testamento, ni intervenir en él como facultativo, intérprete o experto, el *cónyuge* del heredero instituido o del legatario designado y del Notario o persona ante quien se otorgue (art. 100 LS). Inaplicable genéricamente al conviviente de hecho.
- Si el único fiduciario es el *cónyuge* del comitente, su nombramiento se entenderá hecho de por vida (art. 129 LS). Inaplicable al conviviente designado único fiduciario que deberá cumplir su encargo dentro del plazo de tres años.
- Pendiente de ejecución la fiducia, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá: 1.º Al *cónyuge* viudo ... 2.º Al fiduciario o fiduciarios (art. 134.1 LS). Inaplicable al conviviente sobreviviente que sólo será administrador y representante por ser fiduciario.
- Cuando el comitente haya designado como único fiduciario al *cónyuge*, éste quedará exonerado de la obligación de realizar el inventario, salvo que expresamente lo haya exigido el causante o lo acuerde el Juez a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario (art. 135.3 LS). Inaplicable al conviviente designado único fiduciario que está sujeto a la obligación de inventariar.
- Cuando se haya designado como único fiduciario al *cónyuge*, éste podrá cumplir su encargo, además de en escritura pública, en testamento, salvo disposición contraria del causante o que la fiducia se haya sometido a plazo (art. 141.1 LS). Inaplicable al conviviente designado único fiduciario que

sólo puede cumplir su encargo en escritura pública.

- Cuando el comitente haya designado como único fiduciario al *cónyuge*, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación (art. 142.3 LS). Inaplicable al conviviente designado único fiduciario, aunque la pareja haya pactado la existencia de una comunidad de bienes.
- De la fiducia colectiva formará parte también el *cónyuge* viudo si el comitente no lo ha excluido expresamente y existen solamente descendientes comunes (art. 144.1). Inaplicable al conviviente sobreviviente que no forma parte por indicación de la ley de la fiducia colectiva.
- En los supuestos de que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando resulten de imposible cumplimiento, la elección deberá efectuarse por el *cónyuge* sobreviviente, y ... (art. 146.1 LS). Inaplicable al conviviente sobreviviente.
- Conservarán su eficacia los actos ya efectuados por el fiduciario antes de perder la condición de tal, salvo los de disposición que el *cónyuge* viudo fiduciario hubiere efectuado en su testamento en los casos de las letras e) y f) del artículo anterior (art. 148.1 LS). Excepción inaplicable al caso del conviviente fiduciario.
- Cuando los fiduciarios sean varios, la pérdida de tal condición por alguno de ellos [...] no impedirá el cumplimiento del encargo por los restantes, aunque sólo quede uno, salvo que sea el *cónyuge* no designado por el comitente o que éste haya dispuesto otra cosa (art. 148.2 LS). El conviviente de una pareja de hecho, si no ha sido designado por el comitente, no forma parte de la fiducia colectiva.
- La disposición a favor de parientes del donante o de un tercero sin determinación de quiénes sean no incluye al *cónyuge* (art. 159.1 LS).

Menos, obviamente, al conviviente de una pareja de hecho.

- Es nula la disposición por causa de muerte a favor del *cónyuge* del Notario autorizante del acto o del *cónyuge* de las personas ante las que se otorgan los testamentos especiales (art. 160.1 a) LS). No es nula, en principio, si se hace a favor del conviviente.
- Es válida la disposición a favor del tutor o curador cuando se trate del *cónyuge* del disponente (art. 160.1 d) LS). No es válida si se trata del conviviente salvo si se dan las excepciones previstas en la propia norma.
- Es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior *matrimonio* o hacerlo con persona determinada (art. 161 LS). También parece válida la condición de convivir o no convivir extramatrimonialmente una o más veces o hacerlo con persona determinada.
- Si la reclamación de reducción de liberalidades se dirige contra el *cónyuge* viudo, podrá éste evitarla pagando en metálico lo que al legítimo reclamante le correspondiera percibir (art. 181.1 LS). No podrá evitarla si la reclamación se dirige contra el conviviente sobreviviente.
- La reducción de liberalidades de bienes relictos hechas a favor de no descendientes no podrá afectar al *cónyuge* viudo (art. 182.3 LS). Afectará, en cambio, al conviviente sobreviviente.
- En la sucesión legal en defecto de descendientes los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos si no hay parientes con derecho preferente, se defieren, a falta de ascendientes, al *cónyuge* (art. 202 y 216 LS). El conviviente no es llamado a suceder por disposición de la ley.
- El recobro de liberalidades por los ascendientes o hermanos se entenderá sin perjuicio del derecho de viudedad que corresponda al *cónyuge* del donatario fallecido (art. 209.3 LS). El conviviente del donatario fallecido carece de derecho de viudedad.



M.^a ÁNGELES
BARRERE UNZUETA
Profesora Titular
de Filosofía del Derecho.
Universidad
del País Vasco/Donostia

Discriminación salarial por razón de sexo

En Sentencia de 1 de julio de 1999, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (TSJPV) confirma en su totalidad otra Sentencia, ésta del Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria-Gasteiz, de 23 de febrero del mismo año, que reconoce una *discriminación salarial por sexo*.

La demanda de esta Sentencia del Juzgado de lo Social es entablada por una trabajadora de una empresa en cuya sección de producción existen tres categorías profesionales: especialista 1^a, especialista 2^a y aprendiz y peón.

La categoría de especialista 1^a está integrada exclusivamente por mujeres,

mientras están integradas por hombres la de especialista 2^a (salvo dos casos) y la de aprendiz y peón. Mientras las mujeres con la categoría especialista 1^a tienen asignado un valor de la prima a la producción de 3,04, quienes se encuadran en las otras categorías cobran una prima de producción con el valor 3,42.

Además de los arts. 14 y 35.1 de la CE y los arts. 4.2 c), 17 y 28 del ET, entre los fundamentos de derecho de esta Sentencia se citan el art. 96 de la LPL así como la doctrina del TC (sintetizada en la Sentencia 82/1997, de 22 de abril) sobre inversión de la carga de la prueba. En

la argumentación sobre este particular no se admite como justificación de la diferencia en el cobro de las primas la diversidad en las tareas y funciones entre las categorías de especialista 1^a y especialista 2^a (esta última requiriendo mayor esfuerzo físico) ya que, entre otros motivos, se considera que la empresa no ha acreditado criterio o razón objetiva alguna para asignar a la categoría de aprendiz y peón la misma prima de producción que a la categoría de especialista 2^a. De este modo, al supuesto se le considera aplicable la doctrina del TC que, en Sentencia 58/1994, de 28 de febrero, y, siguiendo los criterios del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, señala que, en casos de segregación laboral en que no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde plenamente al empleador la carga de poner de manifiesto dichos criterios para excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de la diferencia retributiva.

Por su parte, la Sentencia del TSJPV, que confirma en su integridad ésta del Juzgado de lo Social, añade en su fundamentación otros argumentos extraídos del TC. Así, el contenido en la Sentencia 286/1994, de 27 de octubre, al precisar que, para excluir la existencia de discriminación retributiva en casos de segregación sexual como el señalado, el criterio de comprobación no puede ser la identidad formal de las tareas, sino la igualdad de valor del trabajo, debiéndose comprobar además que la desigualdad en la retribución no se basa en el mayor valor atribuido al trabajo realizado por el sector masculino de la producción; o también, ahondando en el sentido de la necesidad de recurrir a criterios de evaluación neutros, el contenido en la Sentencia 145/91, de 1 de julio, relativo a evitar –salvo supuestos muy específicos en que sea elemento determinante de aptitud–, el criterio del mayor esfuerzo físico, debido a que se corresponde única y exclusivamente con un estándar de trabajo varón.

Ampliación del permiso de maternidad

Las sucesivas reformas de la regulación legal de la maternidad en España se han encaminado a proteger: 1) la salud de la madre que trabaja, 2) la salud de su hija o hijo –próximo a nacer o recién nacida/o–, y 3) sus condiciones sociolaborales. Hasta ahora se ha ido perfeccionando progresivamente la protección de estos bienes, siendo aún susceptible de mejora.

Sin embargo existe una posible propuesta que, de salir adelante, no me parece que constituya un progreso, sino que se volvería contra los dos primeros bienes jurídicos protegidos, a expensas de una hipotética mejoría del tercero, y es la de hacer que parte del permiso de maternidad corresponda obligatoriamente al padre.

Hay un tema importante, relacionado con este permiso, y en el que voy a centrar mi comentario: la **lactancia materna**. Precisamente el permiso de lactancia pretende facilitar la continuación de la lactancia iniciada en el periodo anterior y aunque se nombra de pasada, pues jurídicamente es irrelevante el que sea natural o artificial, sanitariamente tiene un gran interés que sea materna.

Las ventajas de la lactancia natural son indudables, y los avances científicos han venido a reforzar los argumentos que venían dados por la necesidad, cuando no existían fórmulas adaptadas. La leche materna no sólo es muy conveniente por motivos nutricionales, higiénicos, inmunarios, etc., sino que refuerza los lazos afectivos madre-hijo/a y, en general es



Baja por maternidad...

muy satisfactorio para la madre poder amamantar a su hijo/a.

En los últimos años, además de proseguir la investigación científica en este terreno, se han hecho grandes esfuerzos por promover la lactancia materna con medidas concretas en los hospitales y centros de salud. Ha aumentado la sensibilidad por esta cuestión tanto entre el personal sanitario como en la población, siendo impulsada desde sociedades profesionales y asociaciones de mujeres.

Estas iniciativas pueden verse frenadas si se impone por ley la necesidad de que el padre tome parte del permiso de maternidad y, aún peor, si se amplía el número de semanas que debería coger. Tanto desde un punto de vista pediátrico como personal me parece de gran interés potenciar la participación del padre en la crianza y educación de sus hijos e hijas, pero ésta es una labor de toda la sociedad mas bien –como ya se está haciendo– más a través de la mentalización que de la legislación. En estas cuestiones la ley debería facilitar, no obligar.

Estoy de acuerdo en impulsar medidas que favorezcan la continuidad del status sociolaboral de la mujer durante el permiso de maternidad, pero no a costa de dificultar la lactancia materna. La relación entre la supuesta modificación de la ley y el perjuicio que se causaría es muy clara: habitualmente, coincidiendo con la vuelta al trabajo (aunque

también intervienen otros factores) comienza a introducirse la leche artificial en la alimentación del bebé; este cambio puede tener especiales inconvenientes si se realiza antes de los tres meses, como sucedería si fuera el padre el destinatario del permiso. No sólo se podría afectar la salud del hijo o hija, sino que se puede resentir la de su madre, ya que es la mujer quien se levanta por la noche a ocuparse del niño o la niña cuando le da el pecho. Por eso esta situación no es equiparable a la de adopción, en que el niño o la niña pueden ser atendidos indistintamente por el padre o la madre.

Por este motivo opino que no se debe disminuir la posibilidad de que la madre tome un permiso de 16 semanas, que incluso es apurado por muchas mujeres hasta el punto de no descansar los días previos al parto (como sería aconsejable), para no acortar el tiempo que podrán dedicar a su hijo o su hija sin tener que compartirlo con el trabajo. Pienso que se debe seguir avanzando en la protección laboral de la mujer a través de otras disposiciones –en la línea de las medidas económicas más recientes– que no sean discriminatorias para la madre.

NIEVES MARTÍN

Médica Peditra.

Centro de Salud Actur Sur de Zaragoza

Cultura con madre y una familia con padre

ANA CARMEN MARCUELLO FRANCO

Doctora en Medicina.
Especialista en Ginecología y Obstetricia.
Hospital Universitario
Miguel Servet de Zaragoza



¿y por paternidad?

Para discutir cual debe ser la Regulación legal de la Maternidad es importante conocer los cambios fisiológicos de la mujer durante el puerperio, las implicaciones de la actual promoción de la lactancia materna, y como transcurre la adaptación de la madre a la hija o al hijo recién nacido incluyendo los cuidados y atención que éste precisa. Asimismo es muy interesante la aportación de los recientes estudios pediátricos sobre la repercusión de los cuidados **paternos** en la alimentación del bebé, cambio de pañales, “modo” de tenerlo en brazos, etc.

El Puerperio se define como el periodo que comprende desde el final del parto hasta la aparición de la primera menstruación; duración aproximada de 40 días. Es quizá en esta clásica definición donde se basa el periodo de descanso obligatorio de 6 semanas establecido en la actual Ley sobre el “Permiso de Maternidad”. Es desde luego una etapa de grandes cambios fisiológicos en la mujer que tras el parto vuelve gradualmente al estado no grávido, y además tiene la misión de alimentar al recién nacido/a.

Recordaremos sólo a grandes rasgos los cambios más relevantes:

CAMBIOS GENITALES

Involución uterina: al finalizar el parto este órgano alcanza el nivel del ombligo y pesa 1 Kg. A lo largo del puerperio su volumen disminuye 100 veces y pasa de pesar 1.000 gr. a pesar 100 gr. volviendo a sus dimensiones y forma normales al final de la *sexta semana*.

Loquios: Este término hace referencia a la secreción postparto que se origina en la cavidad uterina, compuesta por decidua necrótica, sangre, restos de tejido de granulación y exudado de la superficie desnuda de la cavidad uterina. Su cantidad y composición se modifican a lo largo del tiempo y su expulsión cesa alrededor de la quinta *semana postparto*.

Vagina y periné: Al terminar el parto la vagina es blanda, fácilmente distensible y su mucosa está edematosa; volverá a su forma y tamaño normal en *tres semanas*. En el introito vaginal encontramos pequeños y múltiples desgarros himenales que cicatrizarán paulatinamente. El periné se ve sometido habitualmente al final del periodo expulsivo a una episiotomía o corte que facilita la salida de la cabeza fetal evitando desgarros incontrolados de la vagina y genitales externos. Esta herida se sutura de forma inmediata y debe controlarse su posterior cicatrización; requerirá asepsia y cura local un mínimo de 10 días.

Glándula mamaria: La ingurgitación mamaria sucede habitualmente al tercer o cuarto día postparto y provoca en ocasiones un aumento fisiológico de la temperatura que se normaliza en 24 horas. La primera secreción es el calostro y se produce en los primeros 5 días, transformándose progresivamente en leche materna. La succión del pezón estimula la sucesiva secreción láctea. Es importante evitar las *grietas del pezón* (lavados antes y después de cada toma, protección con gasa estéril, pomadas de analgésicos o cicatrizantes locales, etc.) que resultan dolorosas y pueden ser en ocasiones la puerta de entrada de una *mastitis* posterior.

CAMBIOS GENERALES

Queda fuera del alcance de este comentario pormenorizar todos los cambios que acontecen en este periodo. Basta señalar que afectan a casi todos los órganos y sistemas del organismo femenino: Sistema urinario (tono vesical disminuido inicialmente, cambios en la filtración glomerular, etc.). Peso y balance hídrico (la gestante pierde un total de 9 Kg durante el postparto inmediato y puerperio; normaliza su peso y lo aproxima al que tenía antes del embarazo al cabo de 6 meses...). Cambios



cardiovasculares, y hematológicos. Aparato Digestivo (es frecuente el estreñimiento, el dolor hemorroidal en relación con la episiotomía, etc.).

Aparato Respiratorio (durante las primeras semanas postparto persiste un aumento de la ventilación en reposo y del consumo de oxígeno, así como una respuesta menos eficaz a la actividad física). Cambios endocrinológicos (derivados fundamentalmente de la lactancia materna y del restablecimiento de las menstruaciones y de la función ovulatoria).

El puerperio es un proceso fisiológico, normal, pero que precisa unos cuidados concretos. Hay que dar una buena información a la mujer sobre los problemas habituales de este periodo y de los síntomas que pueden aparecer sin que tengan un claro significado patológico (ver Tabla 1). No menos importante resulta atender a los problemas psicológicos asociados al puerperio que en la mayoría de los casos se traduce en una ligera tristeza (“maternity blues”); aunque no hay que olvidar que se pueden encontrar una amplia gama de procesos depresivos que deben alertar si aparecen los signos resumidos en la Tabla 2.

La **lactancia materna** merecería todo un capítulo aparte para enfatizar sus ventajas (los y las pediatras son unánimes al considerar la lactancia materna como el mejor método para alimentar al recién nacido/a) y comentar las dificultades que de hecho hacen que las mujeres interrumpen la lactancia natural (la actividad laboral de la madre y los cambios en la estructura familiar son dos factores importantísimos...). Sin embargo mencionaremos que la OMS y UNICEF redactaron en 1989 diez puntos para favorecer la promoción de la lactancia materna en los Servicios de Obstetricia (ver Tabla 3).

Muy interesantes resultan también para el objetivo que en este comentario nos ocupa el estudio de la adaptación de la madre y del padre al recién nacido/a. En particular son novedosos los trabajos de Psicología infantil sobre los beneficios que en la/el recién nacido tiene el hecho de que sea el padre quien asuma

también tareas como dar el biberón, cambiar pañales, tener en brazos al niño o la niña en un paseo, atenderle durante la noche, etc. Su “modo de hacer” es diferente al femenino y cada vez parece más evidente el mejor desarrollo y comportamiento de los niños y niñas cuando se ven atendidos también por su padre, desde el periodo temprano de su vida.

COMENTARIO FINAL

Parece evidente la base biológica que hace necesario respetar las seis semanas del llamado *descanso obligatorio* inmediato al parto dentro del Permiso de Maternidad.

Hay también datos que sugieren el beneficio de la atención paterna ya desde este periodo inicial del recién nacido/a, lo que puede llevar a plantear un “permiso paternal” *obligatorio*. Más difícil es señalar cual deba ser su duración.

Que la titularidad de este Derecho, que en la actualidad es sólo de la mujer, pase a ser compartida, parece una propuesta razonable. Sin embargo es mi opinión, que en caso de desacuerdo prevalezca la decisión femenina: ella está mucho más afectada e implicada tanto en lo referente a su salud como en los cuidados e interacción con el bebé.

Así pues sólo puedo pronunciarme sobre el periodo obligatorio mínimo para la madre: 6 semanas postparto; y sugerir un periodo obligatorio mínimo para el padre que podría cifrarse entre 4 y 6 semanas. El resto hasta las 16 semanas, serían tomadas por padre ó madre de forma indistinta y de mutuo acuerdo.

Una legislación que tuviera en cuenta todos los factores citados y por supuesto persiguiera una verdadera igualdad en el mundo laboral, debería modificarse en la dirección que acabo de apuntar. Se corregiría también un factor influyente en el actual descenso demográfico de nuestro país y daríamos un paso hacia una sociedad que sin duda necesita una **“cultura con madre y una familia con padre”**.

Tabla 1

Síntomas habituales de aparición en el puerperio, sin claro significado patológico

- Molestias mamarias
- Molestias vaginales
- Disfunción sexual
- Hemorroides
- Estreñimiento
- Aumento sudoración
- Dolor de espalda
- Fatiga
- Anorexia
- Acné
- Sofocos
- Vértigos
- Alopecia

Tabla 2

Signos de alarma de depresión postparto

- Pérdida de peso
- Pensamientos de suicidio
- Pérdida de memoria
- Agresiones al recién nacido/a
- Trastornos de conducta del niño/a
- Cefaleas
- Insomnio
- Ansiedad

Tabla 3

Diez pasos hacia una lactancia feliz

- 1 Disponer de una política por escrito relativa a la lactancia natural conocida por todo el personal sanitario.
- 2 Capacitar a todo el personal para llevar a cabo esta política.
- 3 Informar a las embarazadas de los beneficios de la lactancia natural y cómo realizarla.
- 4 Ayudar a la madre a iniciar la lactancia en la media hora siguiente al parto.
- 5 Mostrar a la madre cómo se debe dar de mamar al niño/a y cómo mantener la lactancia incluso si se ha de separar del niño/a.
- 6 No dar a los/las recién nacidos más que leche materna.
- 7 Facilitar la cohabitación de la madre y el hijo o hija 24 horas al día.
- 8 Fomentar la lactancia a demanda.
- 9 No dar chupetes a las niñas ni a los niños alimentados al pecho.
- 10 Fomentar el establecimiento de grupos de apoyo a la lactancia materna y procurar que la madre se ponga en contacto con ellos.

BIBLIOGRAFÍA

FABRE GONZÁLEZ, E.: “Manual de Asistencia al Parto y Puerperio Normal”. Grupo de Trabajo sobre Asistencia al Parto y Puerperio Normal. Sección de Medicina Perinatal de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. Editor E. Fabre González. Zaragoza, 1995.

S.E.G.O. “Puerperio Normal y Patológico”. Protocolos Asistenciales en Ginecología y Obstetricia. Madrid, 1998.

Servicio de Atención Psicológica a Maltratadores

MISCELÁNEA

SANTIAGO BOIRA SARTE

Responsable del Servicio de Atención Psicológica a Maltratadores.

E-mail: sboira@correo.cop.es

El II Plan de Acción Positiva para las mujeres en Aragón tiene entre sus objetivos el de prevenir el abuso de poder que da lugar a todas las formas de violencia contra las mujeres, y adoptar medidas integradas de respuesta institucional a las víctimas. Entre otras medidas se contemplan los servicios de Asesoría Psicológica para las mujeres víctimas de violencia y también la atención psicológica a personas violentas y causantes de malos tratos.

Por ello, el Instituto Aragonés de la Mujer ha considerado conveniente crear desde el 1 de julio un Servicio de Atención Psicológica a Maltratadores en el hogar, al objeto de prevenir y paliar las situaciones de violencia que, contra las mujeres, así como niñas y niños, se producen en el contexto familiar.

Es un Servicio Regional dirigido a hombres que de forma reciente o no, hayan sido actores de malos tratos físicos y/o psíquicos en el contexto de las relaciones familiares o asimiladas.

FINES DEL SERVICIO

- Asegurar que el bienestar psicológico 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 deciden la separación.
- Prevenir posteriores situaciones de maltrato e impedir la extensión del maltrato a hijas/hijos mediante un tratamiento breve y específico para hombres maltratadores, así como dotarlos de las habilidades personales para hacer frente a sus frustraciones y resolución de conflictos por vías no violentas.

BENEFICIARIOS

- Hombres residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón que hayan sido actores de malos tratos a mujeres, así como a niñas/os en el marco de las relaciones familiares o asimiladas.

Podrán acudir por iniciativa propia, derivados por los Servicios Sociales de

Base, Centros de Salud, Servicios de Salud Mental, etc., por orientación de las propias mujeres agredidas así como por los órganos judiciales u otras instituciones públicas o privadas.

TRATAMIENTO

El programa de Tratamiento para Maltratadores se basa en los planteamientos expuestos por Enrique Echeburúa y Paz del Corral en su “Manual de violencia familiar”, editado por S.XXI en 1998. En este estudio se afirma que la conducta violenta en el hogar es el resultado de un estado emocional intenso –la ira– que interactúa con unas actitudes de hostilidad, un repertorio pobre de conductas (déficits de habilidades de comunicación y solución de problemas) y unos factores precipitantes (situaciones de estrés, consumo abusivo de alcohol, celos, etc...), así como la percepción de vulnerabilidad de la víctima. En este sentido, en la conducta del maltratador intervienen los siguientes componentes:

- 1 Una actitud de hostilidad.
- 2 Un estado emocional de ira.
- 3 Unos factores precipitantes directos.
- 4 Un repertorio pobre de conductas y trastornos de personalidad.
- 5 La percepción de la vulnerabilidad de la víctima.
- 6 El reforzamiento de las conductas violentas previas.

Por tanto, las conductas habituales de maltrato pueden desarrollarse y mantenerse por razones muy variadas. La intervención a realizar se basará en un diagnóstico tanto de la o las conductas que desarrollan o mantienen el maltrato como de los problemas asociados del maltratador.

Asimismo el tratamiento podrá ser individual o grupal y su duración estará en consonancia con el carácter social de intervención de crisis con el que se concibe este Servicio, por lo que se establecerá un determinado número de sesiones. El modelo cognitivo-conductual con el que se trabaja, conlleva focalizar adecuadamente los aspectos antes mencionados centrándose de forma efectiva en las conductas problema y ofreciendo al usuario un repertorio de habilidades personales para manejar la ira, gestionar dificultades, frustraciones y conflictos, mejorar la asertividad y la comunicación, cambiar determinados estereotipos e ideas irracionales, etc...

RECEPCIÓN DEMANDAS

El área de actuación de este Servicio comprende toda la Comunidad Autónoma de Aragón.

Durante esta primera fase, los y las profesionales o demandantes del servicio deberán contactar con el IAM, teléfono 976 445 211 donde se les facilitará la oportuna cita. En un futuro se facilitará un número telefónico de contacto así como la ubicación del servicio y días de atención del mismo.



Violencia doméstica y de género: aspectos médico- legales

DOLORES SERRAT MORÉ
Profesora Titular de Medicina Legal.
Facultad de Medicina
de la Universidad de Zaragoza.
Especialista en Psiquiatría
y Medicina Legal y Forense.
Licenciada en Derecho



I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La **violencia de género**, entendida como *todo acto de agresión, física o psíquica, basado en la superioridad de un sexo sobre otro*, constituye junto con los malos tratos a menores y personas ancianas la expresión de un problema más amplio, la llamada **violencia doméstica, terrorismo doméstico o violencia en el medio familiar**, es decir una forma de agresión asentada y organizada en torno a un esquema cultural, y definida por Gelles y Cornell como *“el acto realizado con la intención de causar dolor o heridas a otra persona de la familia”*, y por el Consejo de Europa como *“toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica, o incluso, la libertad de otro componente del clan familiar y causan un serio daño al desarrollo de la personalidad”*.

Las investigaciones en torno a la violencia doméstica requieren estudios causales y epidemiológicos, pero también el análisis de los factores que contribuyen a la gravedad de los hechos, por ello consideramos de interés conocer los factores que explican las conductas agresivas.

Estudiar los motivos por los que se produce determinada conducta humana supone, como dice Kurt Hauss⁽¹⁾, por una parte analizar todas las condiciones internas y externas que pueden producir algún efecto sobre la forma, dirección e intensidad de un comportamiento (análisis causal); y de otro determinar cual es el objetivo de este comportamiento (análisis del fin), es decir en definitiva encontrar respuestas al “por qué” y al “para qué” respectivamente.

Las conductas agresivas han sido ampliamente estudiadas desde distintas perspectivas, quizá porque el tema de la agresividad ocupa un lugar preferente entre los problemas que preocupan a hombres y mujeres de hoy, dado que desde un punto de vista social se encuentra íntimamente relacionado con la violencia⁽²⁾.

Aunque existe una tendencia a emplear como sinónimos los términos agresividad y violencia para referirnos a actos nocivos que tienen como efecto el daño y la destrucción de un objeto inanimado, planta, animal o persona, es indudable que el concepto de agresividad es mucho más amplio al incluir tanto las conductas destinadas a dañarse en forma de autoagresión, sentimientos de culpa, automutilación o suicidio, como las que se dirigen hacia otros; e incluso entre estas últimas habría que distinguir entre aquellas conductas agresivas que tienen como objetivo la autoafirmación y conservación (aspectos positivos de la agresividad) de las que Echeburúa ha dicho son una respuesta adaptativa del organismo para defenderse de los peligros potenciales procedentes del exterior, de la agresividad entendida como hostilidad, es decir como respuesta destructiva al implicar destrucción, humillación y opresión a partir de actos o palabras, bien de forma directa o bajo formas más sutiles (chistes, ironías, indiferencia, etc.), y cuya forma extrema sería la conducta violenta definida en sentido estricto como “la manifestación física y abierta de la agresividad”.

Es posiblemente la identificación entre agresividad y violencia, y el mal uso de los diferentes conceptos de agresividad lo que llevaron al falso razonamiento durante muchos años sostenido sobre el origen biológico de la agresividad, y que Fromm puso de manifiesto con el siguiente eslogan:

Si la agresión adaptativa es innata, y a las conductas destructivas y crueles las llamamos agresión, ergo la crueldad y la destrucción son innatas.

Esta interpretación tuvo como consecuencia la minimización del papel causal de los factores ambientales o sociales cuando, en nuestra opinión, no sólo influyen en la aparición de las conductas violentas, sino que en algunos casos las justifican.

No es nuestro objetivo analizar las distintas teorías que intentan explicar

el origen causal de las conductas agresivas, sin embargo estamos convencidos de que el conocimiento de los diferentes factores que influyen en su génesis es indispensable para la elaboración de programas preventivos y terapéuticos.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria se agrupan los factores causales en:

■ **Factores biológicos** identificables en tres niveles: genético, neurológico y bioquímico.

■ **Factores psicológicos**, así tal como dice Bercowitz, son muchos los trabajos que demuestran que las personas que están sometidas a gran variedad de experiencias desagradables y por tanto se les ha hecho sufrir lo indecible, suelen hacer sufrir lo indecible a los demás, de forma que se puede concluir que la vivencia de sucesos adversos aumentan la hostilidad humana, además se ha observado que los observadores de conductas violentas (televisión, pornografía) son más proclives si se les provoca a conducirse agresivamente al tiempo que van perdiendo sensibilidad ante las crueldades observables.

■ **Y factores sociales**, puesto que es evidente que por encima del plano biológico y psicológico de la persona existe una superestructura social que es capaz de condicionar formas colectivas de convivencia y pautas sociales de conducta.

A juzgar por las estadísticas es evidente que la sociedad actual es prolija en violencia, y como causa de ello, profesionales de la psicología como Marcuse han identificado la estructura de las sociedades opulentas, al entender que en ellas se orientan las verdaderas necesidades existenciales y vitales del sujeto hacia el consumo y la competencia y se produce un estado de frustración que aboca en un predominio de las pulsiones agresivas⁽²⁾.

En cuanto a la finalidad de las conductas violentas, según Berkowitz hay que distinguir entre la **agresión**



impulsiva, en general condicionada por estímulos básicos, de la **agresión instrumental**, como un medio para alcanzar un objetivo.

Fromm hace una distinción más amplia, y diferencia entre:

- **Violencia lúdica**, que surge como una ostentación de la fuerza, pero no está motivada por un instinto destructor.
- **Violencia colérica reactiva**, como respuesta defensiva ante una situación de miedo o amenaza real o imaginaria consciente o inconsciente.
- **Violencia vengativa**, constituye una agresión maligna en la que se causa el daño sintiendo placer con ello.
- Y **Violencia compensadora**, como respuesta a una situación de impotencia o incapacidad. Tienen como objeto el restablecimiento de la autoestima.

La aplicación de estos conocimientos generales al **estudio de las causas y finalidad de la violencia doméstica**, y en particular con la violencia de género, nos permite decir que en su origen influyen especialmente los factores sociales y en cuanto a su finalidad se trata fundamentalmente de agresiones instrumentales o compensadoras, en las que el agresor es un sujeto que se siente maltratado por la sociedad que dirige su rabia y su fuerza contra el más débil en un intento de superar con esta conducta su frustración y su fracaso.

Esta concepción nos conduce a incluir este tipo de violencia en el marco de las llamadas patologías de la civilización⁽³⁾, definidas como *un conjunto de problemas de salud, de etiología multifactorial, que tienen en común el que tanto en su origen como en su mantenimiento y curación influyen poderosamente la formación cultural, las circunstancias sociales y la conducta personal.*

Pensamos que entre los factores favorecedores de la violencia de género, que afecta mayoritariamente a la mujer, influyen por una parte el papel preeminente que a lo largo de los siglos el

proceso de socialización ha otorgado a los varones, atribuyéndoles las funciones más eminentes del poder y la representatividad y cuya consecuencia ha sido un reparto desigual de funciones, por otra parte asumido y aceptado por las mujeres, lo que ha contribuido a la perpetuación del dominio social por los hombres, de forma que aún hoy los poderes del estado y su estructura se proyectan desde una perspectiva masculina.

También a nivel educativo se ha favorecido la incorporación de la violencia en la identidad masculina pues desde pequeños a los niños se les enseña a responder agresivamente y se entrenan en aspectos activos como ganar, vencer, competir, atacar, etc., valorándose al hombre por su fuerza y capacidad de dominar el mundo. Mientras a las niñas se les enseña a ceder, pactar, obedecer, cuidar, etc. es decir a cuidar y mantener las bases en las que asienta este mundo de corte masculino.

Además no hay que olvidar que el aprendizaje social determina que en la infancia se desarrollen los esquemas respecto de la masculinidad o feminidad, para que cada individuo alcance su identidad genérica (la vivencia de ser hombre o mujer) y la tipificación genérica (ostentación de los rasgos tradicionalmente masculinos o femeninos), que deben culminar en un rol genérico (conducta que se espera del hombre o de la mujer). Y si bien es cierto que en la actualidad el rol genérico, es decir la conducta esperada del hombre y de la mujer, está convergiendo, aún existen diferencias en el papel atribuido socialmente a los sexos, lo que constituye el verdadero obstáculo para la igualdad.

Es evidente que la cuestión no es si hombres y mujeres son diferentes, sino si la desigualdad psicobiológica justifica la desigualdad social, o dicho de otro modo, si es necesaria para que exista igualdad social la igualdad biológica y psicológica. Es obvio que la respuesta es no, puesto que como expresaron muy bien Mc Guinness y Pribam *“Hombres y mujeres son diferentes. Lo que debe ser puesto en plano de igualdad es el valor que se concede a*

esa diferencia”, en definitiva la igualdad a la que nos referimos es la relativa a derechos y dignidad.

La Constitución de 1978 proclamó la igualdad de todas las personas frente a la ley, proscribiendo cualquier discriminación, sin embargo en realidad este principio constitucional en cuanto al sexo se ha visto reducido a la categoría de ideal utópico en vez de ser una realidad a practicar⁽²⁾, debido quizá a que una larga tradición de trato diferencial ha dado lugar a un orden social en el que se entiende la relación entre sexos de una forma jerárquica, de forma que el sexo masculino se considera superior y más significativo que el femenino y por tanto trata de excluir y someter a la palabra y el cuerpo de las mujeres a través de la fuerza y de la violencia⁽⁴⁾.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

A la violencia doméstica se le atribuyen una serie de rasgos característicos:

1 Tendencia a mantenerse oculta por considerar que pertenecen al ámbito privado.

El informe de la ONU sobre violencia familiar (1998) pone de manifiesto que la mayor dificultad para considerar la violencia doméstica como un problema de salud pública es la propia resistencia de la sociedad, que no permite al Estado interferir en la vida familiar.

Es cierto que hoy el tema ha superado la dimensión privada y ha pasado a considerarse como un atentado a la sociedad, y en definitiva como un ataque a la esencia de la democracia, al entender como dice Soledad Palacios que es “un problema que sucede dentro de los hogares, pero afecta a toda la sociedad”.

En la práctica para considerar el maltrato doméstico como una violación de los derechos humanos ha sido necesario que ocurrieran muchas muertes, y la actitud valiente de muchas víctimas, que aun a sabiendas de que poco o nada se podía hacer a corto plazo, decidieron denunciar.



2

Tendencia a la repetición, es decir carácter habitual. Según el Ministerio del Interior cuando se acude a denunciar se llevan aguantados unos 7 años de violencia, y según datos de EEUU el 47% de los varones que agreden a sus parejas repiten la acción al menos 3 veces al año.

3

Tolerancia de la víctima. Los motivos por los que se aguanta en el hogar actitudes violentas son muy variados: miedo, indefensión, falta de autonomía. Las víctimas suelen referirse a falta de recursos, para proteger a los hijos/as, etc. aunque en el fondo subyace un sentimiento de culpabilidad, de fracaso y por tanto de vergüenza que contribuye a su ocultación, todo ello favorecido además por la actitud del entorno.

En algunas ocasiones se establece un ciclo peculiar en la relación: existe tensión en la pareja y cuando estalla la violencia se produce una “luna de miel” que dura hasta que se reinicia la tensión que termina de nuevo en violencia⁽⁵⁾.

4

Variabilidad de las formas de agresión que pueden consistir en **actitudes** de odio, amenaza o provocación; **formas**

de expresión verbal y palabras (críticas, insultos, calumnias, etc.), que en el 30% de los casos suelen consistir en amenazas de muerte (Themis); o **actos** que originan lesiones, incluyendo aquí la muerte, los daños físicos o psíquicos y la agresión sexual. En definitiva, cualquier conducta que tiene como objeto dañar o lastimar.

5

Dificultades para su investigación, debido a:

1

La falta de un sistema eficaz que permita la detección del total de malos tratos reales, puesto que se estima que la mayoría de casos permanecen ocultos configurándose por tanto una *cifra negra o fenómeno iceberg* que está en relación directa con los factores individuales de la víctima, la intensidad y magnitud del daño, así como con el umbral de tolerancia sociocultural hacia estas conductas⁽⁶⁾. De hecho en la práctica sólo se denuncian en nuestro medio entre un 5 y un 10 % de los casos.

Como fuentes de datos destacamos a nivel internacional los informes de la ONU así como las estadísticas aportadas por organismos oficiales de los diferentes países, y a nivel nacional son de gran utilidad las estadísticas de denun-

cias del Ministerio del Interior, las estadísticas recogidas por los distintos servicios sociales que desde 1984 se han ido creando en España, y los trabajos realizados por profesionales sanitarios, especialmente los vinculados a la Medicina Legal y Forense.

El valor de la información obtenida es indudable si tenemos en cuenta que ha servido para ir tomando conciencia de la gravedad del asunto, sin embargo plantea un problema de parcialidad y fragmentación, que dificulta el análisis global del problema, y que hacen necesario la creación de protocolos e investigaciones específicas.

2

La escasa sensibilización del personal sanitario hacia la detección de posibles malos tratos, siendo numerosos los trabajos que demuestran el escaso número de diagnósticos del maltrato, al tiempo que ponen de manifiesto que la existencia de protocolos adecuados de detección de malos tratos físicos aumenta el número de casos identificados (Morrison, Mcleer, Johnson, etc.).

3

La tolerancia social, deriva de razones de índole histórica y cultural que han favorecido una mentalidad social de corte patriarcal, en la que se consideran a la mujer y los hijos e hijas como un bien del hombre, sobre los que puede ejercer la propiedad y el control exclusivo.

Francisco Umbral en un artículo de opinión sobre el tema⁽⁷⁾ recuerda un dicho árabe que dice “Azota todos los días a tu mujer, que ella sabrá por qué”, y aún reconociendo el valor de muchas explicaciones sociológicas, psicológicas, económicas o comunicacionales, empieza a pensar que la razón por las que el hombre maltrata es sencilla y llanamente porque les gusta, y no tanto por un principio de autoridad patriarcalista, que es como parecen entenderlos los jueces, sino como forma de ejercitar un placer al que no da derecho el matrimonio. En definitiva para Umbral es un vicio, universal y mayormente masculino que se usa como ejercicio de un placer.





III. CARACTERÍSTICAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Centrando nuestra atención en los datos relativos a la *violencia en la pareja*, observamos que si bien es cierto que el binomio víctima-agresor puede ser ocupado por cualquier sexo en su doble posición, la realidad demuestra que se dan con mayor frecuencia los malos tratos en la mujer que en el varón, en una proporción 10/1 en mayores de 21 años⁽⁸⁾.

Además son mucho más abundantes las referencias tanto nacionales como extranjeras que recogen datos sobre violencia a la mujer, y así a título de ejemplo el estudio de la ONU publicado por el diario Folha de Sao Paulo, indica que entre el 30 y 40 % de las mujeres latinoamericanas han sufrido algún tipo de violencia intrafamiliar. En Chile el 60% de las mujeres que viven en pareja han sufrido algún tipo de violencia. En Colombia más del 20%, en Ecuador el 60% de las mujeres que viven en los barrios pobres, en Argentina el 37% y en Nicaragua el 32% de las mujeres entre 16 y 49 años. En Brasil el 66,3 % de los homicidios contra mujeres en 1995 y 1996 fue por violencia intrafamiliar.

En EEUU donde una mujer es agredida cada 15 segundos, la tercera parte de las internadas de urgencia en los hospitales han sido víctimas de violencia en sus hogares.

En Venezuela según datos de la Policía Técnica Judicial, en 1998 se recibieron 7.836 denuncias por diferentes delitos rela-

cionados con violencia sexual, y estiman que esto representa aproximadamente el 10% de la real. Por otra parte entre 1992 y 1997 al menos 591 mujeres fueron víctimas de homicidio, de este total el 72% tenían entre 21 y 30 años, y en cuanto a las causas, el 8% fue por causas pasionales, el 14% por riñas, el 28% robo con violación y el 11% golpes.

En España, según fuentes del Ministerio del Interior, el número de mujeres maltratadas supera las 300.000, de las cuales sólo se denuncian entre el 5% y el 10%, así en el año 1998 se registraron entorno a 24.000 denuncias de mujeres, frente a 8.000 denuncias formuladas por varones que acusaron a sus esposas de malos tratos, sobre todo psicológicos. En el primer semestre del año 1999 el número de denuncias supera las 11.000 y 76 mujeres están siendo protegidas por la policía.

Según datos facilitados por Europa Press, de las denuncias presentadas por agresiones en el ámbito familiar en 1998, el 73,6% fueron formuladas por mujeres frente a un 26,7% presentadas por varones. De estas denuncias se puede también deducir que en el caso de las mujeres en el 70% el agresor fue su cónyuge o pareja mientras que en el caso de los varones sólo en el 31% de los casos fueron agredidos por la esposa, siendo los agresores en el 18% de los casos, los hijos y en el 35% otros parientes.

Estos estudios permiten:

1 Afirmar que aún cuando predominan los casos de malos tratos a mujeres, el maltrato del varón es un hecho, incluso más frecuente de lo que cabría esperar en una sociedad cuyos patrones imperantes son patriarcales, explicable quizá porque en la mayoría de los casos en los que un varón es agredido por su pareja se trata de casos de agresiones mutuas o violencia recíproca, siendo muchos menos los casos del varón que sufre agresión de forma exclusiva. Además estos casos son de difícil diagnóstico dado que si las lesiones no son muy evidentes no se acepta con facilidad reconocer la causa al entender que ello supone una situación de minusvalía o de dependencia con relación a la mujer.

2

Conocer rasgos característicos de la víctima y del agresor, así como de los factores desencadenantes de la agresión, de forma que se ha podido establecer un perfil de riesgo, que puede resumirse como sigue^(9, 10, 11, 12, 13):

Perfil de la víctima:

Se trata por lo general de una mujer, casada o separada, entre los 30 y 40 años, que no trabaja fuera del hogar, y si lo hace suele ser como obrera no cualificada, con antecedentes de malos tratos anteriores y predominando los casos de malos tratos mixtos (físicos y psíquicos).

Perfil del agresor:

Se trata de un varón de unos 40 años, casado o conviviente con la víctima, que en la mayoría de los casos no tiene comportamientos agresivos fuera del ámbito familiar. Desde el punto de vista psicológico el dato más común es que suele tratarse de personas con una personalidad agresiva (52%), y en un 16% de casos se trata de alcohólicos.

El personal experto en violencia coincide en señalar una serie de características comunes en los agresores:

1

Baja autoestima, insatisfacción e inseguridad, buscan una relación de dominio para soportarse a sí mismos.

2

Temperamento colérico y ánimo depresivo, mentirosos y con celos patológicos.

3

Son sujetos que tienen una tremenda necesidad de cariño y de dependencia, no toleran que se cuestione ningún aspecto de su conducta en la familia.

4

Persiguen el control absoluto de los miembros de la familia.

5

Se perciben como víctimas y siempre están a la defensiva.

6

Muchos son hijos de maltratadores.

■ LO 14/1999 DE 9 DE JUNIO

■ RD 738/1997 DE 23 DE MAYO

■ PLAN DE ACCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA 1998-2000, DE 30 DE ABRIL DE 1997

■ LEY 35/1995 DE 11 DE DICIEMBRE

Factores desencadenantes de la agresión:

En muchos casos no se encuentra ningún factor que justifique el episodio de violencia, siendo esto lo habitual en los casos de agresión única o esporádica, en cuyo caso el episodio violento suele ser consecuencia del deterioro progresivo de la convivencia.

Cuando se trata de episodios reiterados o habituales es frecuente el consumo de alcohol, y los trastornos de personalidad.

IV. SOLUCIONES AL PROBLEMA

Articular medidas para prevenir, cambiar o sancionar con eficacia y justicia la violencia doméstica y la específica de género requiere una transformación social, y un análisis profundo que busque atacar las causas, el origen del mal, y no sólo remedios para las consecuencias.

Estos son los objetivos del Plan de acción contra la violencia doméstica 1998-2000 aprobado por el Gobierno el 30 de Abril de 1997, articulado en torno a 6 grandes apartados⁽¹⁴⁾:

- 1** Sensibilización y prevención.
- 2** Educación y formación.
- 3** Recursos sociales.
- 4** Asistencia Sanitaria.
- 5** Medidas legislativas.
- 6** Investigación.

Algunos de estos objetivos empiezan a ver la luz, y así queremos destacar, por una parte la reciente reforma legislativa (L.O. 14/ 1999 de 9 de junio) por la que se modifican varios artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y



que se concreta en los siguientes puntos fundamentales:

- Introduce la pena de extrañamiento o alejamiento, es decir la posibilidad de imponer como pena accesoria en determinados delitos la prohibición de aproximación a la víctima.
- Introduce la tipificación como delito de la violencia psíquica ejercida de forma habitual sobre las personas próximas.
- Hace posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas.
- Introduce la posibilidad de adoptar como medida cautelar el distanciamiento físico entre la víctima y el agresor, pudiendo acordarse esta medida entre las primeras diligencias.

Las nuevas medidas penales se han calificado como muy positivas, como un avance, en especial la introducción del alejamiento, sin embargo se discute su operatividad práctica al quedar la adopción de esta medida al arbitrio de jueces, juezas y fiscales, y más cuando el texto aprobado recoge que el juez/a sólo podrá dictar este alejamiento teniendo en cuenta la situación laboral, familiar, económica y de salud del agresor, en lugar de supeditarlo de forma explícita a la seguridad de la víctima.

De otra, el desarrollo de **medidas asistenciales**, que concretaremos en:

- 1** Programas de atención psicológica a los agresores.
- 2** El Protocolo de actuación sanitaria ante los malos tratos domésticos.

Atención psicológica a los agresores

La atención psicológica a los maltratadores es una de las alternativas presentadas a las medidas penales, que ha demostrado ser eficaz de una parte como medida complementaria a las medidas legislativas, puesto que como dice Javier Medina “endurecer las penas de prisión no tiene ningún valor si no se crean alternativas más eficaces de rehabilitación”; y de otra como fuente de información.

Uno de los problemas que plantea este programa es la necesidad de contar con la aceptación del maltratador, lo que de hecho supone un obstáculo pues según los datos aportados en 1998 el 26% de los sujetos aceptaron recibir ayuda, sin embargo muchos de ellos abandonaron la terapia y otros acudieron a la misma bajo la amenaza de separación de la pareja; otros reconocieron su problema, y demostraron arrepentimiento y deseo de cambiar pero intentando escudarse en problemas ajenos a la familia como la precariedad laboral o el alcohol.



Atención sanitaria a las víctimas

Durante muchos años las víctimas de los delitos han sufrido un cierto abandono por el Estado, más preocupado por resolver los conflictos generados por la infracción penal que por las consecuencias que ello tenía para los sujetos pasivos.

En la actualidad la preocupación del Estado por las víctimas es una realidad, que tiene su origen en los países anglosajones extendiéndose en nuestro entorno a raíz de la aprobación del *Convenio 116 de 24 de noviembre de 1983 del Consejo de Europa* sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos, que junto a la *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985* sobre la situación de las víctimas en los procesos por estos delitos son un claro antecedente y referente de la *Ley 35/1995 de 11 de Diciembre, desarrollada por el R.D. 738/1997 de 23 de mayo* por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, con el objetivo de restaurar la situación en que se encontraba la víctima antes de padecer el delito o al menos paliar los efectos que el delito ha producido sobre ella.

La Ley y el Reglamento plantean a los profesionales sanitarios las siguientes obligaciones:

1 Establecer con precisión el concepto de lesiones y daños sufridos por las vícti-

mas, pues de la precisión y exactitud con que ello se haga dependerá la justeza de la reparación indemnizatoria.

2 Establecer una red de atención y asistencia a las víctimas que palie, de alguna manera, los efectos inmediatos de la violencia. Para que esta asistencia sea eficaz, debe cuidar el aspecto médico en sus dos vertientes, la atención necesaria para las lesiones físicas y psíquicas sufridas, al tiempo que se posibilita la recogida de indicios y pruebas que después sirvan a los efectos procesales para probar los hechos.

3 Prever la posibilidad de la denuncia ante la policía o el juzgado, debe ser otro eslabón de esta cadena si se busca la eficacia.

Por ello es imprescindible que las y los profesionales sanitarios, en general, reciban formación en esta materia y sean conscientes de sus obligaciones, pero con mayor motivo aquellas/os que ejercen sus funciones en servicios asistenciales de urgencias, atención primaria y pediatría puesto que ellos ocupan una posición privilegiada para la sospecha y detección de los malos tratos.

En relación con los Servicios de pediatría me gustaría hacer hincapié en su importancia no sólo en los casos que afectan a menores sino en todos los casos de violencia en el hogar por el profundo efecto que ejerce sobre los niños y las niñas que son testigos de ella, hasta el extremo de resultar tan traumático como ser la víctima directa de los abusos, manifestándose en una intensa angustia y graves problemas de conducta. Además no hay que olvidar que niños y niñas aprenden de sus propias experiencias, lo que puede ser origen de repetición de estas conductas abusivas en sus relaciones.

La aprobación por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de un *Protocolo de actuación sanitaria ante los malos tratos domésticos* presentado el 5 de Octubre de 1998 pretende facilitar a los y las profesionales los pasos a seguir y la toma de decisiones, para que la víctima de esos ataques cuente lo antes posible con una protección

integral, sanitaria, jurídica y social que de solución a su caso.

La pauta de actuación de los profesionales sanitarios que atiendan un caso de maltrato o sospecha de agresión doméstica debe ser:

1 Asistencia de los posibles daños y lesiones físicas y psíquicas que sufra el/la paciente, con un reconocimiento médico completo.

2 Valoración médica del impacto y alcance de las lesiones y daños, dejando constancia de los mismos en la historia clínica.

3 Emisión de un parte de lesiones, documento médico-legal con el que se comunican a la autoridad judicial los hechos, constando las lesiones y la asistencia prestada.

El Protocolo, amplía esta obligación aconsejando remitir **un informe médico de malos tratos**, en el que deben constar los datos de filiación de la víctima, el motivo de la asistencia, los antecedentes personales de interés, los datos de la exploración física, el estado emocional de la víctima, las exploraciones complementarias si las hubiera, el diagnóstico, tratamiento y plan de actuaciones, conforme a un modelo establecido.

4 Asesoramiento a la víctima sobre sus derechos y sobre las medidas sociales y de protección a través de los propios servicios del centro sanitario o, en su caso, contacto urgente con los Servicios Sociales.

Como mínimo este asesoramiento consistirá en facilitar a la víctima un teléfono gratuito y permanente, el 900 191 010, y el 901 504 504 en Aragón, donde directamente podrá entrar en contacto con los servicios sociales y donde le informarán sobre recursos y posibilidades disponibles, como casas de acogida, pisos tutelados, órganos judiciales y policiales y apoyo psicológico.

No debemos olvidar que la violencia doméstica es hoy por hoy una patología prevalente pero que su diagnóstico requiere inicialmente de una

CARACTERÍSTICAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: TENDENCIA A MANTENERSE OCULTA POR CONSIDERARSE Perteneciente AL ÁMBITO PRIVADO; TENDENCIA A LA REPETICIÓN; TOLERANCIA DE LA VÍCTIMA; VARIABILIDAD DE LA FORMA; DIFICULTADES PARA SU INVESTIGACIÓN.



BIBLIOGRAFÍA

1. HAUSS, K.: *Fundamentos de psicología médica*. Edit. Herder, 1982.
2. VALLEJO, J.; BULBENA, A. y cols.: *Introducción a la psicopatología y psiquiatría*. Edit. Salvat, Barcelona, 1980, pp. 330-354.
3. SERRAT, D.: *Enfermedades culturales y problemas sanitarios con repercusión social: Anorexia, bulimia, drogadicción, Sida. Violencia contra la mujer*. III^a Escuela de Mujeres. Córdoba. Octubre 1998.
4. Equipo Pardedos. *Prevenir la violencia. Una cuestión de cambio de actitud*. Instituto de la Mujer. Madrid, 1997.
5. Villavicencio, P.: *La detección de malos tratos en la consulta*. IX Escuela de Salud Pública. Mahón. Octubre, 1998.
6. LUNA, A. Y OSUNA, E.: Violencia familiar: aspectos generales. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. II (S. Delgado y cols.). Capítulo 84, pp. 943-983. Edit. Colex. Madrid, 1994.
7. UMBRAL, F.: Los placeres y los días: Las maltratadas. *El Mundo*, 17 marzo 1999.
8. LUNA, A. Y OSUNA, E.: Aspectos clínicos de la violencia en el medio familiar. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. II (S. Delgado y cols.). Capítulo 85 pp. 997-1.008. Edit. Colex. Madrid, 1994.
9. CASTELLANO, M.: Violencia en el medio familiar. En Gisbert, J.A. *Medicina Legal y toxicología*. Edit. Masson, 1998, pp. 445-453.
10. GASQUE, J.; PÉREZ, R. Y SERRAT, D.: Análisis de las agresiones con repercusión judicial (especial referencia a las del medio familiar) en la ciudad de Lérida en 1990. *Acta Medicina Legalis et Socialis*, vol. XLI, (1991), pp. 193-198.
11. PÉREZ, R.; GASQUE, J. Y SERRAT, D.: Análisis de las agresiones con repercusión judicial (especial referencia a las del medio familiar) en la ciudad de Cervera. *Acta Medicina Legalis et Socialis*, vol. XLI (1991), pp. 199-204.
12. CANTÓN, E. Y SERRAT, D.: Agresiones denunciadas en dos Juzgados de Logroño. Estudio de las agresiones en el medio familiar en el año 1990. *Acta Medicina Legalis et Socialis*, vol. XLI (1991), pp. 205-209.
13. IAM Documentación. Plan de acción contra la violencia doméstica. *Aequalitas*, n.º 1 (1999), pp. 64-68.
14. *Protocolo de actuación Sanitaria ante los malos tratos domésticos*. Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

sospecha, por tanto pensamos que es fundamental recordar que el profesional sanitario debe tener siempre presente la posibilidad del maltrato, máximo si se detectan determinados síntomas y actitudes, y mantener una conducta activa frente los mismos.

Los Síntomas y actitudes típicos en los casos de malos tratos son:

Síntomas físicos, que generalmente se corresponden con patologías mal definidas, como dolor de cabeza, torácico, espalda, abdominal, insomnio, ahogos, etc. Lesiones agudas en múltiples zonas (cabeza, cuello, extremidades, etc.), producidas por diversos mecanismos (quemaduras, golpes, cortes etc.) y en distinto estadio de evolución. Discapacidades permanentes.

Estos síntomas suelen acompañarse de manifestaciones psíquicas tales como: depresión, confusión mental, ansiedad, somatizaciones, intentos de suicidio, síndrome de estrés postraumático, anorexia/bulimia, nerviosismo e hipervigilancia.

En general los malos tratos aumentan la prevalencia de los problemas de salud, así tal como ha puesto de manifiesto un estudio realizado en el Johns Hopking Hospital, las mujeres que han sufrido violencias de baja intensidad (empujones, zarandeos o amenazas) tienen mas probabilidades de padecer problemas tanto físicos como psíquicos, encontrándose una mayor prevalencia de diarreas, dolor abdominal, inapetencia y secreciones vaginales anormales.

En cuanto a las actitudes, la víctima suele presentar comportamiento que denotan temor, vergüenza, sentimientos de culpa, mostrando una mirada huidiza, y aportando explicaciones vagas, contradictorias y confusas.

Cuando el agresor es el cónyuge o la pareja suele acompañarla a la consulta para controlarla y suele mostrarse excesivamente preocupado y solícito, o excesivamente despreocupado, despectivo o irónico. Como precaución se recomienda invitar al acompañante a salir de la consulta.

En cuanto a la **actuación de los profesionales sanitarios ante los malos tratos** se ha comprobado que las preguntas sencillas y directas son las más eficaces, por tanto el profesional debe formularlas con claridad y mantener una actitud de escucha activa y confidencialidad, evitando emitir juicios y procurando indagar la posibilidad de malos tratos a otros miembros de la familia.

El Protocolo recoge 7 reglas fundamentales en la asistencia a las víctimas, a tener en cuenta tanto en la primera visita como en las sucesivas, que son:

1

Escuchar y creer la experiencia de malos tratos que relata el/la paciente.

2

Asegurarle que no está solo/a y que no es culpa suya.

3

Defender su derecho a vivir sin el temor a la violencia.

4

Aplazar la prescripción excesiva de medicaciones sedantes.

5

Animarle a buscar servicios de apoyo a la comunidad.

6

Responder a sus necesidades de realizar un plan de seguridad.

7

Apoyar y asistirle en sus decisiones.

Es muy posible que todas estas medidas, y en especial la sensibilización de los profesionales sanitarios contribuyan a paliar los problemas derivados de la violencia, y en particular la situación de las mujeres que la sufren, pero sin duda para su prevención es preciso un cambio más profundo cimentado en una educación basada en la igualdad y el respeto, y ello requerirá tiempo sobre todo si tenemos en cuenta que han sido necesarios más de 20 años para que la sociedad tuviera conciencia de la gravedad del problema, y casi 2 años para poner en marcha un Plan integral de lucha contra la violencia doméstica.



DERECHOS REPRODUCTIVOS Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Jaime Vidal Martínez (coord.). *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida.* Granada, Comares; Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998. 282 páginas. (Biblioteca de derecho y ciencias de la vida; 4).

Contiene: Capítulo primero por Ana María Vega Gutiérrez "Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?" 1. Las claves socioculturales de los derechos reproductivos. 2. Génesis de los derechos reproductivos: la perspectiva de género. 3. Configuración y proclamación de los derechos reproductivos.

Capítulo segundo por Jaime Vidal Martínez "Las técnicas de reproducción asistida en el Derecho español" 1. Introducción. 2. La Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida del 22 de noviembre. 3. La donación de gametos y preembriones humanos. 4. La filiación de los nacidos mediante reproducción asistida. Cuestiones de Derechos de sucesiones. 5. Acerca de la aplicación de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y de la responsabilidad jurídica resultante. 6. Consideraciones finales.

Capítulo tercero por Ignacio Francisco Benítez Ortúzar. "Delitos relativos a la reproducción asistida" 1. Determinaciones previas. 2. Panorama de la legislación penal existente en la materia. 3. Delitos

contra las relaciones familiares. 4. Reproducción asistida no consentida. 5. Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida. El artículo 161 del Código Penal español.

Anexo: Normativa española sobre técnicas de reproducción asistida.

Bibliografía.

Los autores de la obra.



LEGISLACIÓN LABORAL: EN MATERIA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES. NORMATIVA ACTUALIZADA I Y II

Paloma Durán y Lalaguna; Asunción Ventura Franch (coord.). *Legislación laboral: en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Normativa actualizada I y II.* Madrid, Instituto de la Mujer, 1999. 2 volúmenes. (Documentos; 21 y 22).

Esta obra en dos volúmenes forma parte del trabajo de recopilación y sistematización de toda la legislación española, con los cambios que afectan directamente a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, llevado a cabo por el Instituto de la Mujer. Ambos volúmenes corresponden a la legislación laboral, tanto en el marco comunitario como internacional y español.

Contiene: 1. Trabajo. 2. Empleo y contratación. 3. Formación. 4. Seguridad, higiene y salud en el trabajo. 5. Seguridad social. 6. Fondo social europeo. 7. Administración laboral. 8. Procedimiento laboral. 9. Procedimiento sancionador.



EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL

José Fernando Lousada Arochena. *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual.* Granada, Comares, 1996. 294 páginas. (Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica).

Contiene:

- I. La problemática suscitada sobre el acoso sexual en la relación de trabajo en los Estados Unidos de América. Derecho comparado.
- II. La problemática suscitada sobre el acoso sexual en la relación de trabajo en el ámbito de las comunidades europeas.
- III. La problemática suscitada sobre el acoso sexual en la relación de trabajo en el ámbito de las organizaciones internacionales.
- IV. La cuestión en España. Referencia especial a la Ley 3/89, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.
- V. El presupuesto fáctico del acoso sexual en la relación de trabajo: concepto y clases. La naturaleza jurídica de la protección legal. Los bienes jurídicos protegidos.
- VI. Los mecanismos de protección jurisdiccional en el orden social frente al acoso sexual en la relación de trabajo (I): el mecanismo anulatorio, el resolutorio y el indemnizatorio. Cuestiones comunes.
- VII. Los mecanismos de protección jurisdiccional en el orden social frente al acoso sexual en la relación de trabajo (II): referencia especial al mecanismo indemnizatorio.

VIII. El acoso sexual como accidente de trabajo.

IX. La sanción administrativa del acoso sexual en la relación de trabajo.

X. La responsabilidad disciplinaria en el ámbito intraempresarial. La negociación colectiva. Anexo bibliográfico.



UNA MANIFESTACIÓN POLÉMICA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD: ACCIONES POSITIVAS MODERADAS Y MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN INVERSA

David Giménez Gluck. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999. 223 páginas. (Tirant monografías; 98).

La acción positiva ha sido principalmente estudiada en nuestro país desde una perspectiva sociológica y filosófica. También se ha analizado de forma adecuada desde el Derecho del Trabajo. Este libro propone otro enfoque jurídico de esta figura, centrado básicamente en el juicio de constitucionalidad de los tratos formalmente designados orientados hacia la igualdad material que se engloban bajo el concepto de acción positiva. Para ello, el autor se ha apoyado en doctrina y jurisprudencia constitucional de diversos países, sobre todo de Estados Unidos, así como en innovadoras categorías conceptuales. El libro trata de ser, en resumen, una aproximación desde el Derecho Constitucional a esta nueva dimensión del Principio de Igualdad Jurídica.

C O N T E N I D O

Editorial	4
DERECHO ESPAÑOL	
Comentarios doctrinales	
La nueva regulación del Contrato a Tiempo Parcial y el trabajo de la mujer: otra oportunidad perdida. Por María Amparo Ballester Pastor. Profesora Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.	6
La igualdad de oportunidades y la protección laboral en los casos de parto múltiple. Por María José Lopera Castillejo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza	12
BREVES	
Por Mercedes Bayo. Coordinadora del Servicio Jurídico de Atención a la Mujer. IAM Zaragoza y por Ana Tricio Galán. Secretaria General del IAM.....	19
DERECHO AUTONOMÍAS	
Comentarios doctrinales	
Notas críticas sobre la Ley relativa a Parejas Estables no Casadas. Por Carlos Martínez de Aguirre. Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza	20
Matrimonio, Pareja Estable no Casada y Derecho de Sucesiones. Por José Antonio Serrano García. Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza	26
Comentarios a Jurisprudencia	
Discriminación salarial por razón de sexo. Por María Ángeles Barrere Unzueta. Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad del País Vasco/Donostia.....	33
FORO DE DEBATE	
Baja por maternidad... ¿y por paternidad?	
Ampliación del permiso de maternidad. Por Nieves Martín. Médica Pediatra. Centro de Salud Actur Sur de Zaragoza	34
Cultura con madre y una familia con padre. Por Ana Carmen Marcuello Franco. Doctora en Medicina. Especialista en Ginecología y Obstetricia. Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza	35
MISCELÁNEA	
Servicio de Atención Psicológica a Maltratadores. Por Santiago Boira Sarto. Responsable del Servicio de Atención Psicológica a Maltratadores. IAM.....	37
DERECHO Y SALUD	
Violencia doméstica y de género: aspectos médico-legales. Por Dolores Serrat Moré. Profesora Titular de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de Zaragoza. Especialista en Psiquiatría y Medicina Legal y Forense. Licenciada en Derecho.....	38
LIBROS	
Referencias bibliográficas comentadas. Por IAM Documentación y Publicaciones	46



Universidad de Zaragoza



Instituto Aragonés de la Mujer



Departamento de Presidencia
y Relaciones Institucionales

