

A E Q U A L I T A S

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 30

ENERO-JUNIO 2012

PERIODICIDAD SEMESTRAL





CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

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

SUBDIRECTORA

M^a PILAR ARGENTE IGUAL

Directora del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA TÉCNICA

Documentación y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

VOCALES

■ GABRIEL GARCÍA CANTERO

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

■ ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

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

■ MARÍA JESÚS MONREAL SALDAÑA

Abogada.
Coordinadora en Zaragoza del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ ANA NAVARRO ALASTUEY

Abogada.
Coordinadora en Huesca del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ M^a JOSÉ SÁNCHEZ MARTÍN

Abogada.
Coordinadora en Teruel del Servicio Jurídico de Atención
a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia.
Gobierno de Aragón.

■ CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

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

■ MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

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

EDITA:

■ Instituto Aragonés de la Mujer. Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia. Gobierno de Aragón.

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

■ Universidad de Zaragoza.

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

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

■ www.unizar.es/gobierno/vr_institucionales/catedras/genero/aequalitas/aequalitas30.pdf

■ <http://www.aragon.es/IAMaequalitas>

CONSEJO ASESOR

■ RICARDO OLIVÁN BELLOSTA

Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón.
Presidente del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

■ DOLORES SERRAT MORÉ

Consejera de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.
Profesora Titular de Medicina Legal. Universidad de Zaragoza. Médica Forense. Psiquiatra.

■ FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

■ FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ VEGA ESTELLA IZQUIERDO

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

■ MARÍA JOSÉ PONCE MARTÍNEZ

Directora General de Servicios Jurídicos. Departamento de Presidencia y Justicia.
Gobierno de Aragón.

■ JOSÉ IGNACIO GUTIÉRREZ ARRUDI

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

■ ALBERTO ALLEPUZ FANDOS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

■ MANUEL GÓMEZ PALMEIRO

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

■ MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

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

■ DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Inspectora. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

■ ELISA SIERRA

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

■ CARMEN ORTÍZ LALLANA

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

■ MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

■ ROBERT ALEXY

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

■ ALFONSO RUIZ MIGUEL

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

■ TERESA PÉREZ DEL RÍO

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

■ FERNANDO REY MARTÍNEZ

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

■ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

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

■ AMPARO BALLESTER PASTOR

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

■ MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

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

■ BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

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

■ MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

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

■ LUIS NAVARRO ELOLA

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

■ CARMEN SÁEZ LARA

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

■ ASUNCIÓN VENTURA

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

■ CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Administradora Superior del Gobierno de Aragón.

■ ROGELIO ALTISENT

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

■ AURORA LÁZARO

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

■ MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

■ JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

■ ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

A EQU ALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

La revista se ajustará en la selección de los artículos a los criterios de calidad informativa y de calidad del proceso editorial, indicados en el BOE núm. 266, de 7 de diciembre de 2005, apéndice 1, para que sus artículos cumplan con los requisitos exigidos para la obtención de evaluaciones positivas en los sexenios de la Actividad Investigadora (Resolución de 25 de octubre de 2005, de la Presidencia de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora).

Catalogada en LATINDEX:

<http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?opcion=1&folio=11683>

Catalogada en RESH.CINDOC

Están disponibles en el buscador DIALNET todos los números de la revista, así como separadamente por autores todos los artículos publicados.

1

A EQU ALITAS aceptará para su publicación todos aquellos artículos que sean inéditos y versen sobre el tema central de la revista, tras el proceso de evaluación por pares.

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Teléfono 976 762 117. Departamento de Derecho Público).

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

La catedrática María Elósegui.

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza. 50009 Zaragoza (España).

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

Los artículos se enviarán por e-mail en archivo word (elosegui@unizar.es), indicando a qué sección de la revista van destinados, teniendo en cuenta que las citas se incluirán a pie de página, según el siguiente modelo:

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

Los originales deben ir precedidos de un sumario de 10 líneas en español, y 10 líneas en inglés. El título del artículo y las palabras clave deben ir tanto en español como en inglés.

3

Se indicará el autor, lugar de trabajo, dirección, teléfonos y, necesariamente, el e-mail.

No se devolverán los originales. Se acusará recibo de todas las colaboraciones recibidas.

4

La selección se hará según criterios científicos, solicitando la lectura de los artículos a dos evaluadores externos al Consejo de Redacción, (revisión por pares, *peer reviewed*) respetando el anonimato de los autores y de los evaluadores (*double blind review*). También y en su caso se solicitará la lectura a miembros del Consejo Asesor u otras personas especialistas cuando se estime oportuno. El Consejo de Redacción tendrá la decisión última a la luz de las evaluaciones y, en consecuencia los artículos, podrán ser aceptados o rechazados para su publicación, decisión que se comunicará personalmente por escrito a los autores.

5

A EQU ALITAS no se hace responsable de las opiniones de las autoras y autores de los artículos publicados.

Editorial



Comenzamos comunicando una novedad de la Revista AEQUALITAS. A partir de este número la revista se publicará sólo electrónicamente y no en papel. Se inaugura a su vez un nuevo y propio sitio de Internet, con la dirección <http://aequalitas.unizar.es>, en el que figuran las normas de publicación, y en el que se irán publicando gratuitamente todos los números desde el presente. En dicha web están también disponibles en su integridad todos los artículos publicados hasta ahora. Como ya indicamos, en DIALNET, buscador de la Universidad de La Rioja, se puede acceder además sin coste alguno a todos los artículos, siendo posible realizar la búsqueda por tema o por autor. Por último, hemos realizado una actualización de los criterios de indexación en Latindex y en el DICE, aumentando los criterios de calidad cumplidos por la revista.

En el actual número de la Revista en la sección de Derecho Internacional la profesora María Nieves Saldaña de Derecho Constitucional nos presenta un estudio detallado de la actual situación de la representación de las mujeres en el sistema de las Naciones Unidas.

Por otra parte, adentrándonos en el derecho español, Ángeles Callizo, jueza sustituta de los juzgados de Zaragoza, nos ofrece un análisis exhaustivo de la novedosa configuración del Código del Derecho Foral de Aragón y de la jurisprudencia sobre el régimen de guarda y custodia compartida de los hijos en Aragón, centrándose en los factores legales a ponderar por el juez cuando debe decidir sobre el mencionado régimen. Si bien situamos este artículo en la sección sobre legislación, en el mismo se ofrece a su vez el resultado de la aplicación de la norma en la jurisprudencia aragonesa, especialmente de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

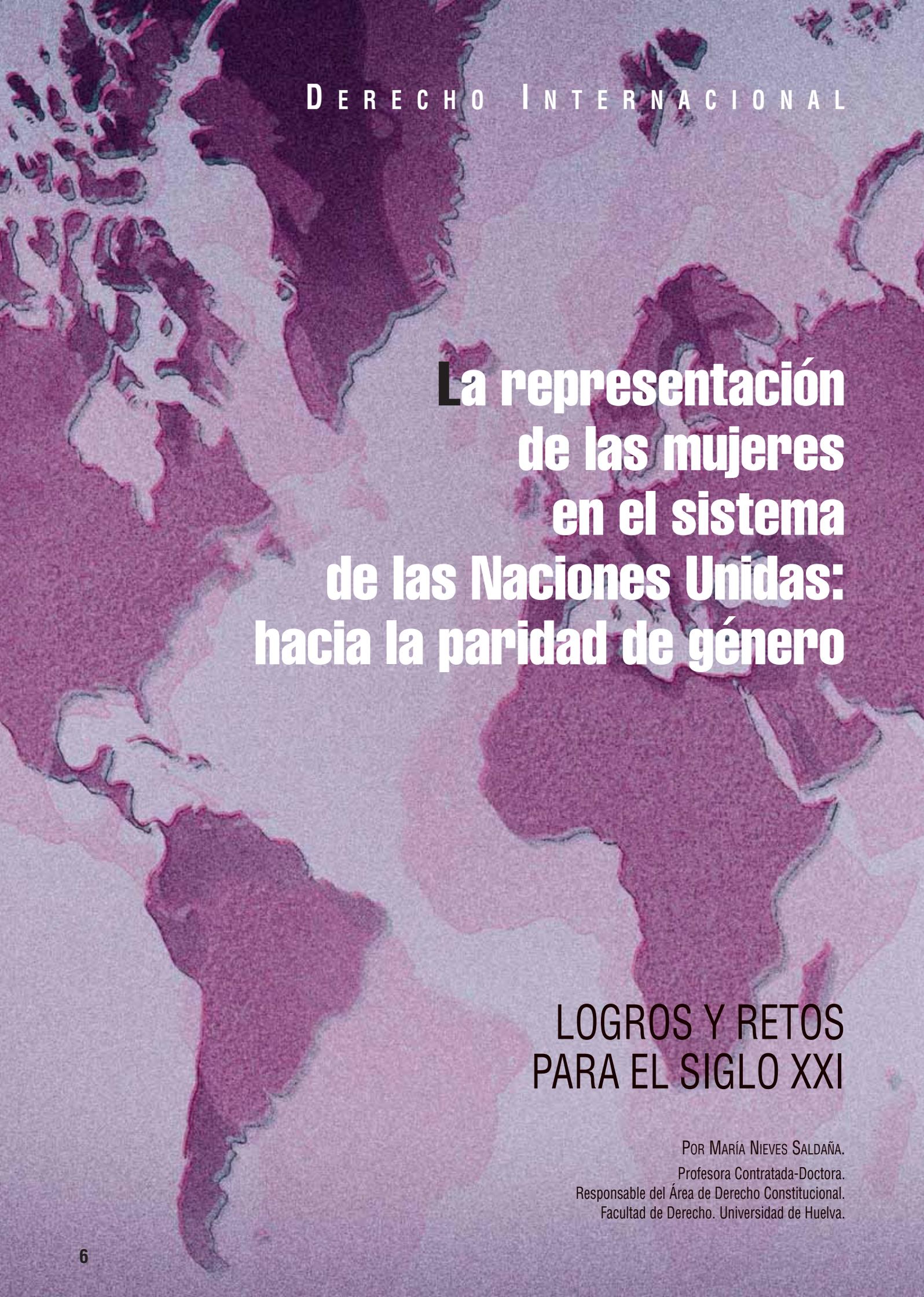
Otra de las novedades legislativas ha sido la nueva regulación laboral del personal al servicio del hogar. El artículo escrito por la jurista Germana Aparicio se centra en la legislación, ya por sí complicada, dejando para otra futura ocasión el sistema de la Seguridad Social. La reforma legislativa afecta de lleno a todos los hogares en el que se cuenta con servicio externo para realizar tareas domésticas, aunque sean de escasas horas. Esto repercute en una gran cantidad de ciudadanos y ciudadanas que contratan ayuda doméstica para hacer posible la conciliación entre vida familiar y laboral, tanto para tareas de limpieza doméstica como para cuidado de hijos/hijas o personas mayores.

La profesora Igareda plantea algunos problemas derivados de la configuración de la actual seguridad social, basados en los derechos del trabajador o trabajadora cotizante, que sitúa a las mujeres que no han trabajado en el mercado laboral, como dependientes de los derechos derivados del cónyuge cotizador. Apuesta por una reforma en la línea de los países nórdicos hacia un sistema individual universal, que permita la cotización individual de pensiones de cualquier ciudadano, también los no trabajadores, y que supere la actual situación de dependencia de las mujeres de los derechos derivados del cónyuge.

Por último, inauguramos una sección fija de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materias de igualdad entre hombres y mujeres, de la que se hará cargo el profesor Ricardo Ron, a quien agradecemos desde la editorial esta aportación.

María Elósegui Itxaso

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



D E R E C H O I N T E R N A C I O N A L

**La representación
de las mujeres
en el sistema
de las Naciones Unidas:
hacia la paridad de género**

**LOGROS Y RETOS
PARA EL SIGLO XXI**

POR MARÍA NIEVES SALDAÑA.
Profesora Contratada-Doctora.
Responsable del Área de Derecho Constitucional.
Facultad de Derecho. Universidad de Huelva.



RESUMEN

Desde 1970, la Asamblea General de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 8 de la Carta de San Francisco, ha instando a todas las entidades de la Organización a velar por que las oportunidades de empleo y ascenso de las mujeres sean iguales a las de los hombres, promovándose la igual representación de las mujeres en todos los puestos y categorías del sistema de las Naciones Unidas. Los primeros objetivos para alcanzar el equilibrio de género fueron establecidos por la Asamblea General en 1986, evolucionando hasta la Plataforma de Acción de Beijing de 1995, que establece el objetivo de alcanzar la meta del 50% de mujeres en el personal, especialmente en el cuadro orgánico y categorías superiores, reafirmando el objetivo de la paridad de género sucesivamente hasta el pasado año de 2011. Sin embargo, a principios de la segunda década del siglo XXI se mantiene la infrarrepresentación de las mujeres en la mayoría de las categorías profesionales, especialmente en los niveles superiores y de dirección. Con todo, alcanzar el objetivo de la paridad de género en el sistema de las Naciones Unidas es fundamental, porque aumentará su papel de liderazgo en la promoción de la igual representación y participación de las mujeres en todos los ámbitos y en la consecución de la igualdad efectiva de las mujeres en todo el mundo.

Palabras clave: Sistema de las Naciones Unidas. Representación de las Mujeres. Paridad de Género.

ABSTRACT

Representation of women in the United Nations system: Towards gender parity. Achievements and challenges for the twenty-first century

Since 1970, the General Assembly of the United Nations, in accordance with article 8 of the Charter of San Francisco, has been urging all entities of the Organization to ensure that opportunities for employment and advancement of women are equal to men, promoting the equal representation of women in all posts and categories of the United Nations system. The first targets to achieve gender balance were established by the General Assembly in 1986, evolved up to the Beijing Platform for Action of 1995, which established the target to reach a goal of 50% of women staff, particularly at the professional and higher categories, reaffirming the goal of gender parity successively until the last year of 2011. However, at the beginning of the second decade of the Twenty-first Century remains the underrepresentation of women in most of the professional categories, especially at higher levels and of direction. But, the goal of gender parity in the United Nations system is critical, because it will increase its leadership role in the promotion of the equal representation and participation of women in all areas and in the attainment of the effective equality of women around the world.

Keywords: United Nations System. Representation of Women. Gender Parity.

1. LA IGUAL REPRESENTACIÓN DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS: 40 AÑOS DE CONSECUCCIÓN

Desde su fundación tras la adopción de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945, la igualdad de derechos de mujeres y hombres se ha integrado en el núcleo de los principios rectores de las Naciones Unidas, incluyéndose entre sus principios y propósitos el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, sin hacer distinción, entre otros motivos, por razón de sexo (art. 1.3), reconociéndose posteriormente en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 (art. 2), en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 3) y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (art. 3), ambos de 1966, y, especialmente, en la *Convención sobre la Eli-*

minación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979 (art. 3), y en la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing* de 1995, que establece las bases para lograr el ejercicio de los derechos y libertades de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres en todas las esferas, política y pública, económica, social y cultural¹.

Como principio rector, la igualdad de mujeres y hombres se implementa en todos los niveles y ámbitos del propio sistema de las Naciones Unidas. Así, la fundacional *Carta de las Naciones Unidas* estipula en su artículo 8 que no se establecerán restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios, instándose a todas las organizaciones de las Na-

1

Para un análisis del proceso de reconocimiento de la igualdad de derechos de las mujeres en las Naciones Unidas, *vid.* PIETILÄ, H. *The Unfinished Story of Women and the United Nations*, New York and Geneva, UN Non-Governmental Liaison Service (NGLS), (2007); PIETILÄ, H. y VICKERS, J. *Making Women Matter: The Role of the United Nations*, Zed Press, Atlantic Highlands (1990).



ciones Unidas a poner fin a toda forma de discriminación basada en el sexo en las condiciones de empleo, contratación, ascenso y capacitación, y a velar por que las oportunidades de empleo y ascenso de las mujeres en el sistema de las Naciones Unidas sean iguales a las de los hombres, promoviendo la igual representación de las mujeres en todos los puestos y categorías de su personal. Sin embargo, hasta 1970 la Asamblea General no empezó a adoptar diversas Resoluciones instando a la Secretaría General y al resto de las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas a alcanzar una representación equilibrada de mujeres y hombres en los distintos puestos y categorías. Los primeros objetivos para alcanzar el equilibrio de género fueron establecidos por la Asamblea General en 1986², evolucionando hasta la *Plataforma de Acción de Beijing* de 1995, que establece el objetivo de alcanzar la meta del 50% de mujeres en el personal del sistema de las Naciones Unidas, especialmente en el cuadro orgánico y categorías superiores, para el año 2000³, reafirmando el objetivo de la paridad de género sucesivamente en sus Resoluciones posteriores hasta el año 2011⁴.

Atendiendo a los mandatos de la Asamblea General, la Secretaría General ha adoptado distintas medidas tendentes a lograr el equilibrio de género, destacando los informes anuales a la Asamblea General a partir de 1971, con datos relativos al empleo de mujeres en la Secretaría, los informes del Comité Directivo sobre el “Mejoramiento de la situación de la mujer en la Secretaría” de 1986 a 1991, los informes relativos al “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas” a partir de 2001, que incluyen estadísticas y tendencias sobre el número y porcentaje de mujeres, información sobre los progresos logrados, análisis de los diversos obstáculos que dificultan avanzar hacia la paridad y recomendaciones y buenas prácticas para alcanzar la paridad de género en el sistema de las Naciones Unidas⁵, así

como la adopción de varios Planes de Acción Estratégicos para el mejoramiento de la situación de la mujer en la Secretaría a partir de 1985, y, recientemente, el Plan de Acción Estratégico sobre Equilibrio entre los Géneros para la Secretaría de las Naciones Unidas, aprobado en 2010⁶.

Asimismo, desde 1977 la Dependencia Común de Inspección (DCI) ha elaborado varios informes relativos a la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas⁷, y desde 1985 la Comisión de Administración Pública Internacional (CAPI) ha abordado periódicamente en sus informes la situación de la mujer en las organizaciones del régimen común del sistema de las Naciones Unidas, formulándose diversas recomendaciones sobre el reclutamiento de mujeres, el desarrollo de la carrera profesional y el equilibrio de género en la dotación de personal, proponiéndose incluso la introducción de medidas especiales para la contratación de mujeres⁸.

Atendiendo a este extenso marco regulador, el objetivo del equilibrio de género tiene que aplicarse en todo el sistema de Naciones Unidas, y en cada departamento, oficina o comisión regional, en su conjunto y en cada nivel, y no sólo a los puestos sujetos a distribución geográfica, sino para todas las categorías de puestos, sin tener en cuenta el tipo y la duración del nombramiento, la serie de reglas en virtud de la cual se realiza el nombramiento o la fuente de financiación. Sin embargo, como se analiza a continuación, a pesar de las diversas medidas adoptadas, a principios de la segunda década del siglo XXI se mantiene un notable e inadmisiblemente desequilibrio de género en casi todas las categorías profesionales del sistema de las Naciones Unidas, especialmente en los niveles superiores y de dirección (P-5 y D-1, D-2 y superiores)⁹, como reflejan los últimos informes del Secretario General relativos al “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas”¹⁰. Sin embargo, alcanzar el

2

Vid. A/RES/41/206 D de 8 de diciembre de 1986, especialmente párr. 5.

3

Vid. las Resoluciones de la Asamblea General A/RES/50/164 de 22, de diciembre de 1995, párr. 4; A/RES/51/67 de 12 de diciembre de 1996, párrs. 3, 4 y 8; y A/RES/52/96 de 12 de diciembre de 1997.

4

Vid. especialmente las Resoluciones de la Asamblea General A/RES/58/144 de 22 de diciembre de 2003, párrs. 3 y 7; A/RES/59/164 de 20 de diciembre de 2004, párr. 11; A/RES/61/145 de 19 de diciembre de 2006, párr. 21; A/RES/63/159 de 18 de diciembre de 2008, párr. 26; A/RES/65/191 de 21 de diciembre de 2010, párrs. 21-22; y A/RES/66/132, (A/66/455, proyecto de Resolución V, de 30 de noviembre de 2011), párrs. 22 y 23. Los compromisos de paridad de género adoptados por la Asamblea General están relacionados en la Tabla 1 del Anexo. Las Resoluciones adoptadas por la Asamblea General a partir de 2001 relativas al “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas” pueden consultarse en la web de la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI) <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/fpdocumentation.htm#wal>> [consulta: 12 de febrero 2012].

5

Los informes del Secretario General a partir de 2001 puede consultarse en la web de la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI) <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/fpdocumentation.htm#wal>> [consulta: 12 de febrero 2012].

6

Vid. *Gender Balance Strategy for the United Nations Secretariat: A Strategy Action Plan*, Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Women and Office of the Focal Point of Woman, United Nations, New York, 2010, puede consultarse en <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/fpggenderstrategy.htm>> [consulta: 12 de febrero 2012].

7

Vid. “Informe sobre la situación de la Mujer en la categoría del cuadro orgánico y categorías superiores del sistema de las Naciones Unidas”, Doc. JIU/REP/77/7 de julio de 1977; “Situación de la mujer en el cuadro orgánico y las categorías superiores: Informe sobre los progresos realizados”, Doc. JIU/REP/80/4 de marzo de 1980; “Situación de la mujer en la categoría del cuadro orgánico y categorías superiores: Segundo informe sobre los progresos realizados”, Doc. JIU/REP/82/4 de marzo de 1982; “Mejoramiento de la condición de la mujer en la Secretaría de las Naciones Unidas en una época de “gestión de los recursos humanos” y “responsabilidad”: ¿un nuevo comienzo?”, Doc. JIU/REP/94/3 de mayo de 1994; y “El mejoramiento de la condición de la mujer mediante los programas del sistema de las Naciones Unidas y dentro de ellos: ¿Qué va a suceder tras la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer?”, Doc. JIU/REP/95/5 de 1995, los informes de 1994 y 1995 pueden consultarse en la web de la Dependencia Común de Inspección (DCI), <<http://www.unjui.org/sp/reports.htm#1994>> [consulta: 12 de febrero 2012].



8

Vid. especialmente los Informes Anuales de la Comisión de Administración Pública Internacional (CAPI) de los últimos años: 2004, Doc. A/59/30, vol. I, párrs. 286-297; 2006, Doc. A/61/30, párrs. 96-112; 2008, Doc. A/63/30, párrs. 95-109; 2009, Doc. A/64/30, párrs. 78-88; y 2010, Doc. A/65/30, párrs. 140-155. Los informes anuales de la Comisión de Administración Pública Internacional (CAPI) pueden consultarse en su página web <<http://icsc.un.org/rootindex.asp>> [consulta: 12 de febrero 2012].

9

Las categorías profesionales y superiores comprenden cinco grados profesionales (P-1 a P-5), dos grados de dirección (D-1, D-2) y los niveles fuera de categoría (FC), entre otros, los puestos de Subsecretaría General y Secretaría General Adjunta, Dirección General Adjunta, Subdirección General, Dirección General y Secretaría General.

10

Vid. especialmente los últimos Informes de la Secretaría General relativos al "Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas" de 2004 a 2010: Doc. A/59/357 de 20 de diciembre de 2004; Doc. A/61/318 de 7 de septiembre de 2006; Doc. A/63/364 de 18 de septiembre de 2008; y Doc. A/65/334 de 9 de septiembre de 2010, pueden consultarse en la web de la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI) <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/fpdocumentation.htm#wal>> [consulta: 12 de febrero 2012].

11

De los 160 representantes de los Estados signatarios de la Carta de las Naciones Unidas, sólo 4 fueron mujeres: Minerva Bernardino (República Dominicana), Virginia Gildersleeve (Estados Unidos), Bertha Lutz (Brasil) y Wu Yi-Fang (China). También destacó la labor de Amalia Caballero de Castillo Ledón, Presidenta de la Comisión Interamericana de Mujeres, al respecto vid. PIETILÁ, H. *The Unfinished Story of Women and the United Nations*, op. cit., págs. 10-11; vid. también, SKARD, T. "Getting Our History Right: How Were the Equal Rights of Women and Men Included in the Charter of the United Nations", op. cit., pág. 48.

12

A/RES/25/2715 de 15 de diciembre de 1970, párrs. 2 y 3; vid. también A/RES/27/3009 de 18 de diciembre de 1972.

13

Vid. "Cuestiones relativas al personal: Composición de la Secretaría. Informe del Secretario General", Doc. A/8483 de 1 de noviembre de 1971, cuadro 8.

14

Vid. SZALAY, A. *The Situation of Women in the United Nations*, UNITAR (1973). Vid. también NICOL, D. y CROKE, M. (eds.). *The United Nations and Decision-Making: The Role of Women*, 2 vols., Nueva York, UNITAR (1978).

15

A/RES/29/3352 de 18 de diciembre de 1974, párr. 1. Vid. también las siguientes Resoluciones de la Asamblea General A/RES/30/3416 de 8 de diciembre de 1975 y A/RES/31/26 de 29 de noviembre de 1976.

equilibrio de género en todo el sistema de las Naciones Unidas es fundamental, no sólo porque mejorará el buen funcionamiento y eficacia de la Organización, sino, especialmente, porque aumentará de manera significativa la credibilidad de las Naciones Unidas y su papel de liderazgo en la promoción de la igual representación y participación de las mujeres en todos los ámbitos y en la consecución de la igualdad efectiva de las mujeres en todo el mundo.

II. HACIA EL EQUILIBRIO DE GÉNERO: 30% DE REPRESENTACIÓN DE MUJERES EN TODOS LOS PUESTOS SUJETOS A DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA (1970-1995)

Aunque ya en 1945, gracias a la especial contribución de las mujeres delegadas en la Conferencia de San Francisco, y especialmente de la australiana Jessie Street¹¹, se incluyó en la *Carta de las Naciones Unidas* el artículo 8 por el que se estipula que la Organización no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios, favoreciéndose el reclutamiento de mujeres, tal como prevé la cláusula 4.3 del Estatuto de Personal, que establece que en el momento de seleccionar al personal se prescindirá de toda «consideración de raza, condición o sexo», sin embargo, no fue hasta principios de los años 70, en la Resolución 2715 (XXV) de 15 de diciembre de 1970, de la Asamblea General relativa al "Empleo de mujeres calificadas en puestos de categoría superior y del cuadro orgánico en las secretarías de las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas", cuando la Asamblea General reconoció explícitamente la conveniencia de alcanzar un equilibrio de género en su personal, demandando la adopción de acciones para asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso de las mujeres a los puestos fun-

cionariales y de más alto nivel y solicitando a la Secretaría General que incluyera en su informe anual a la Asamblea General los datos relativos al empleo de las mujeres en los puestos de categoría superior y del cuadro orgánico de la misma Secretaría¹².

En cumplimiento del mandato, en 1971 el Secretario General informó por primera vez sobre las cifras de mujeres en la Secretaría por categorías, poniéndose de manifiesto la evidente infrarrepresentación de las mujeres, solamente el 17% del personal del cuadro orgánico en puestos sujetos a distribución geográfica y un insignificante 2,6% del personal de categoría de dirección o superior eran mujeres¹³. Y en 1972 se celebró un Coloquio Interinstitucional auspiciado por el Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional e Investigación (UNITAR) en el que se formularon diversas recomendaciones para acabar con las discriminaciones y garantizar la igualdad de oportunidades a las mujeres¹⁴.

Dos años más tarde, en la Resolución 3352 (XXIX) la Asamblea General demandó al Secretario General y a los jefes ejecutivos de todas las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas que tomaran las medidas necesarias para lograr un equilibrio equitativo de género en todos los niveles del sistema de las Naciones Unidas antes del final del *Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo*¹⁵. En 1978, la Resolución 33/143 de la Asamblea General fue más lejos, al requerir a la Secretaría General que adoptase las medidas necesarias para alcanzar el objetivo concreto del 25% de mujeres en los puestos sujetos a distribución geográfica en los siguientes cuatro años (1982), demandando a las otras organizaciones que establecieran objetivos en este sentido. Asimismo, la Asamblea General solicitó a todas las direcciones ejecutivas que fomentaran la igualdad de oportunidades, que asegurasen que las mujeres estuvieran adecuadamente representadas en su personal, así como en los consejos consultivos y de administra-



ción, y examinaran y revisaran las reglas sobre licencia maternal, empleo a tiempo parcial y horarios de trabajo flexibles¹⁶.

En 1984, el Secretario General instauró el puesto de Coordinadora para el Mejoramiento de la Condición de la Mujer en la Secretaría, con el fin de que examinara la situación de la mujer y de que formulara propuestas para su mejora¹⁷. Con todo, en su informe de 1985 relativo al “Mejoramiento de la condición de la mujer en la Secretaría” se constata que la proporción de mujeres que ocupan puestos sujetos a distribución geográfica a mediados de 1985 asciende a un 23%, por debajo del objetivo del 25% fijado por la Asamblea General para 1982 y que los porcentajes de contratación más recientes (sólo entre un 16% y un 19% de mujeres) habían sido insuficientes para mantener ese nivel, estando concentradas las mujeres en las categorías inferiores (de P-1 a P-3) y en ocupaciones orientadas a los servicios más que en las esferas sustantivas, presentando un Programa de Acción quinquenal (1985-1990) dirigido a superar los principales obstáculos que impiden el adelanto de la mujer en la Secretaría en cinco esferas: contratación, perspectivas de carrera, capacitación, cuestiones relacionadas con el trabajo/la familia y sistemas de reparación de agravios¹⁸.

Ese mismo año, en la Resolución 40/258 B la Asamblea General demandó al Secretario General el objetivo de alcanzar el 30% de representación de mujeres en todos los puestos sujetos a distribución geográfica para el año 1990¹⁹. Y en 1988, mediante la Resolución 43/224 C, la Asamblea General aprobó la decisión del Secretario General de establecer un Centro de Coordinación para vigilar y facilitar el mejoramiento de la situación de la mujer en las Naciones Unidas (*Office of the Focal Point for Women in the United Nations*), que desde el 1 de enero de 2011 forma parte de la entidad ONU Mujeres (UN Women)²⁰, encomendándosele supervisar e informar sobre la situación de las mujeres y apoyar al Secretario General para alcanzar la

paridad de género en todos los niveles funcionariales y en todas las categorías del sistema de las Naciones Unidas²¹.

Un año más tarde, en la Resolución 44/185 C la Asamblea General insta al Secretario General a que intensifique sus esfuerzos para aumentar el número de mujeres en puestos sujetos a distribución geográfica, especialmente en puestos de categorías superiores y directivos, con el objetivo de alcanzar una tasa de participación general del 30% del total en 1990²². En 1990, la Asamblea General urge al Secretario General a alcanzar una tasa de participación general de 35% para 1995, requiriéndole además que incluya en el Plan de Acción para el adelanto de la mujer en la Secretaría durante el período 1991-1995 una evaluación y análisis detenido de los principales obstáculos que impiden el mejoramiento de la situación de la mujer, las medidas propuestas para superar la escasa representación de mujeres y un programa detallado de las actividades, incluyendo procedimientos de vigilancia y un calendario para su realización²³.

En 1993, mediante la Resolución 48/106 la Asamblea General urge al Secretario General a que implemente totalmente el Plan de Acción para mejorar la condición de la mujer en la Secretaría, a que siga examinando las prácticas de trabajo existentes en el sistema de las Naciones Unidas, con miras a eliminar la discriminación directa o indirecta contra las funcionarias que tienen responsabilidades familiares, con inclusión del examen de cuestiones tales como la posibilidad de compartir puestos, horarios de trabajo flexibles, servicios de guardería, planes de interrupción de la carrera y acceso a la capacitación, y a que dé mayor prioridad a la contratación y al ascenso de mujeres en puestos sujetos a distribución geográfica, especialmente en puestos de categoría superior, con el fin de lograr una tasa de participación general del 35% de mujeres y, en la medida de lo posible, del 25% en puestos de categoría D-1 y categorías superiores, para 1995²⁴. Un año más tarde, en el informe del Secretario General de 1994 se manifies-

16

A/RES/33/143 de 20 de diciembre de 1978, Sec. III, párrs. 1-3. *Vid.* también las siguientes Resoluciones de la Asamblea General A/RES/35/210 de 17 de diciembre de 1980; A/RES/37/235 B de 21 de diciembre de 1982; y A/RES/38/231 de 20 de diciembre de 1983

17

Vid. “Reforma y renovación en las Naciones Unidas: Informe del Secretario General sobre la aplicación de la Resolución 41/213 de la Asamblea General”, Doc. A/42/234 de 23 de abril de 1987, párr. 39. *Vid.* también la Resolución de la Asamblea General A/RES/39/245 de 18 de diciembre de 1984.

18

Vid. “Mejoramiento de la condición de la mujer en la Secretaría. Informe del Secretario General”, Doc. A/C.5/40/30 de 8 de noviembre de 1985, Secc. III B y IV.

19

A/RES/40/258 B de 18 de diciembre de 1985, párr. 3. *Vid.* también las siguientes Resoluciones de la Asamblea General A/RES/41/206 de 8 de diciembre de 1986 y A/RES/42/220 C de 21 de diciembre de 1987.

20

En la Resolución 64/289 la Asamblea General decide que los mandatos de las cuatro entidades del sistema de las Naciones Unidas que se ocupan de las cuestiones relativas a la mujer, esto es, la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI), la División para el Adelanto de la Mujer (DAW), el Instituto Internacional de Investigación y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW) y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), se fusionen en una entidad compuesta dedicada al género, la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad entre los Géneros y el Empoderamiento de la Mujer, ONU-Mujeres, que dirige, coordina y promueve los esfuerzos generales de la Organización para el pleno cumplimiento de los derechos de las mujeres, coadyuvando a la igualdad de género en todo el sistema de las Naciones Unidas, que ha comenzado a funcionar el 1 de enero de 2011, *vid.* A/RES/64/289 de 2 de julio de 2010, párrs. 49 y ss. Toda la información sobre ONU Mujeres puede consultarse en <<http://www.unwomen.org/>> [consulta: 12 de febrero 2012].

21

A/RES/43/224 C de 21 de diciembre de 1988, párr. 1. Toda la información sobre los objetivos, actividades e informes del Centro están disponibles en <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/fp.htm>> [consulta: 12 de febrero 2012].

22

A/RES/44/185 C de 19 de diciembre de 1989, párr. 2.

23

A/RES/45/239 C de 21 de diciembre de 1990, párrs. 2 y 7. *Vid.* también las siguientes Resoluciones de la Asamblea General A/RES/46/100 de 16 de diciembre de 1991, A/RES/47/93 de 16 de diciembre de 1992 y A/RES/47/226 de 8 de abril de 1993.



Con todo, transcurridos prácticamente 25 años desde que la Asamblea General demandara por primera vez a la Secretaría General un equilibrio de género en su personal, el porcentaje global de mujeres en puestos sujetos a distribución geográfica solo alcanza al 32%, reduciéndose al 15% en la categoría D-1 y superiores²⁴. Por esto no extraña que a finales de 1995, en la *IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las Mujeres*, se asuma expresamente el compromiso de lograr la igual representación de mujeres y hombres y se inste a las Naciones Unidas a adoptar y aplicar políticas y medidas en materia de empleo a fin de lograr el objetivo de que para el año 2000 estuvieran adjudicados a mujeres el 50% de los puestos administrativos y de adopción de decisiones, en definitiva, la paridad de género.

III. HACIA LA PARIDAD DE GÉNERO: 50% DE REPRESENTACIÓN DE MUJERES EN TODOS LOS NIVELES Y CATEGORÍAS DEL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS

1995. Futuro muy cercano

Sin duda, la *Plataforma de Acción de Beijing*, adoptada en la *IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las Mujeres*, celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995, que incorpora la perspectiva transversal de la igualdad de género en todos las políticas nacionales e internacionales (*gender mainstreaming*), ha supuesto un paso importante para garantizar la participación de las mujeres en condiciones de igualdad en todos los ámbitos de la toma de decisiones, y, especialmente, por lo que aquí interesa, para la consecución de la paridad de género en el propio sistema de las Naciones Unidas²⁵. En efecto, la *Plataforma de Acción de Beijing* insta como uno de los doce campos críticos de intervención “La mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones” (Objetivo Estratégico G), desarrollándose un extenso catálogo de medidas a poner en práctica por los organismos nacionales e internacionales

24

A/RES/48/106 de 20 de diciembre de 1993, párrs. 1, 2 y 3.

25

Vid. “Mejoramiento de la condición de la mujer en la Secretaría. Informe del Secretario General”, Doc. A/49/587 y Corr. 1 de 1 de noviembre de 1994, Sec. IV.

26

A/RES/49/167 de 23 de diciembre de 1994, párr. 5.

27

Vid. “Mejoramiento de la condición de la mujer en la Secretaría. Informe del Secretario General”, Doc. A/49/587 y Corr. 1, op. cit., párr. 6.

28

Vid. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, Naciones Unidas, Nueva York (1996), especialmente párrs. 181 y ss. (A/CONF.177/20/Rev. 1).

ta el decidido compromiso de establecer un nuevo Plan de Acción Estratégico para el mejoramiento de la condición de la mujer en la Secretaría (1995-2000), ideándose un “plan de sucesión en los puestos” como pieza maestra y señalándose las medidas previstas para imprimir orientación al Plan y aplicarlo²⁶. Y en 1995, en su Resolución 49/167 la Asamblea General exhorta al Secretario General a aplicar en su totalidad el nuevo Plan de Acción Estratégico y a incluir la plena aplicación del Plan como un indicador específico de la evaluación de la actuación profesional de todos los funcionarios directivos, afirmando que su compromiso visible es esencial para el logro de las metas fijadas por la misma Asamblea General²⁷.



para garantizar la igualdad de acceso y plena participación de las mujeres en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones, instándose expresamente a las Naciones Unidas a: adoptar y aplicar políticas y medidas en materia de empleo y categorías superiores a fin de lograr una igualdad general de mujeres y hombres, especialmente en el cuadro orgánico y categorías superiores, para el año 2000; desarrollar mecanismos para presentar a mujeres como candidatas para el nombramiento a puestos superiores en las Naciones Unidas, los organismos especializados y otras organizaciones y órganos del sistema de las Naciones Unidas; y seguir reuniendo y difundiendo datos cuantitativos y cualitativos sobre la presencia de mujeres y hombres en la adopción de decisiones, analizar las repercusiones diferenciales en la adopción de decisiones y vigilar los progresos realizados hacia el logro del objetivo previsto de que estuvieran adjudicados a mujeres el 50% de los puestos administrativos y de adopción de decisiones para el año 2000²⁹.

A finales de 1995, en su Resolución 50/164 la Asamblea General insta al Secretario General a que se cumpla el objetivo establecido en la *Plataforma de Acción de Beijing* de que las mujeres ocupen el 50% de los puestos administrativos y de adopción de decisiones para el año 2000³⁰. Un año más tarde, la Asamblea General reafirma en la Resolución 51/67 el objetivo de lograr que las mujeres ocupen el 50% de los puestos para el año 2000, insta al Secretario General a que ponga en ejecución íntegramente y con urgencia el Plan de Acción estratégico para el mejoramiento de la situación de la mujer en la Secretaría (1995-2000), a fin de alcanzar para el año 2000 la meta establecida en la *Plataforma de Acción de Beijing*, en particular en el cuadro orgánico y las categorías superiores, y exhorta encarecidamente a los Estados Miembros a que apoyen el Plan de Acción estratégico y los esfuerzos por aumentar el porcentaje de mujeres en puestos del cuadro orgánico presentando sistemáticamente más candidaturas de mujeres y alentando a

éstas a solicitar puestos dentro de la Secretaría, los organismos especializados y las comisiones regionales³¹. Para coadyuvar a su cumplimiento, en 1997 el Secretario General estableció la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI), asignándosele inicialmente la supervisión y el seguimiento de los mandatos relativos a la representación de las mujeres y las cuestiones de género en la Secretaría, ampliándose a partir del 2001 a todo el sistema de las Naciones Unidas³².

En 1998, en la Resolución 53/119 la Asamblea General insta al Secretario General a que vele por que los jefes/as de los departamentos y oficinas elaboren planes de acción en materia de género, a fin de lograr que el coeficiente de nombramientos y ascensos de mujeres no sea inferior al 50%, hasta tanto se alcance el objetivo de la paridad entre los sexos, y solicita al Secretario General que informe a la Asamblea General sobre la aplicación de la Resolución, con estadísticas sobre el número y el porcentaje de mujeres en todas las unidades organizativas y en todas las categorías del sistema de las Naciones Unidas³³. Desde entonces, el Secretario General viene publicando una serie de informes sobre el “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas”, que incluyen estadísticas y tendencias sobre el número y porcentaje de mujeres, información sobre los progresos logrados, análisis de los diversos obstáculos que impiden avanzar hacia la paridad, así como re-

29

Ibidem, párr. 193. Asimismo, se encomienda a las Naciones Unidas a adoptar medidas para eliminar los obstáculos que se oponen al adelanto de la mujer en su organización institucional y se pide al Secretario General que se encargue de la coordinación de las políticas relativas a la aplicación de la Plataforma de Acción y a la incorporación de una perspectiva de género en todas las actividades del sistema de las Naciones Unidas. A esos efectos, se invita al Secretario General a crear un puesto de categoría superior en la Oficina del Secretario General, para que le asesore sobre cuestiones relativas al género y le ayude a velar por la aplicación de la Plataforma de Acción a nivel de todo el sistema, en estrecha cooperación con la División para el Adelanto de la Mujer, *ibidem*, párrs. 311 y 326.

30

A/RES/50/164 de 22 de diciembre de 1995, párr. 4.

31

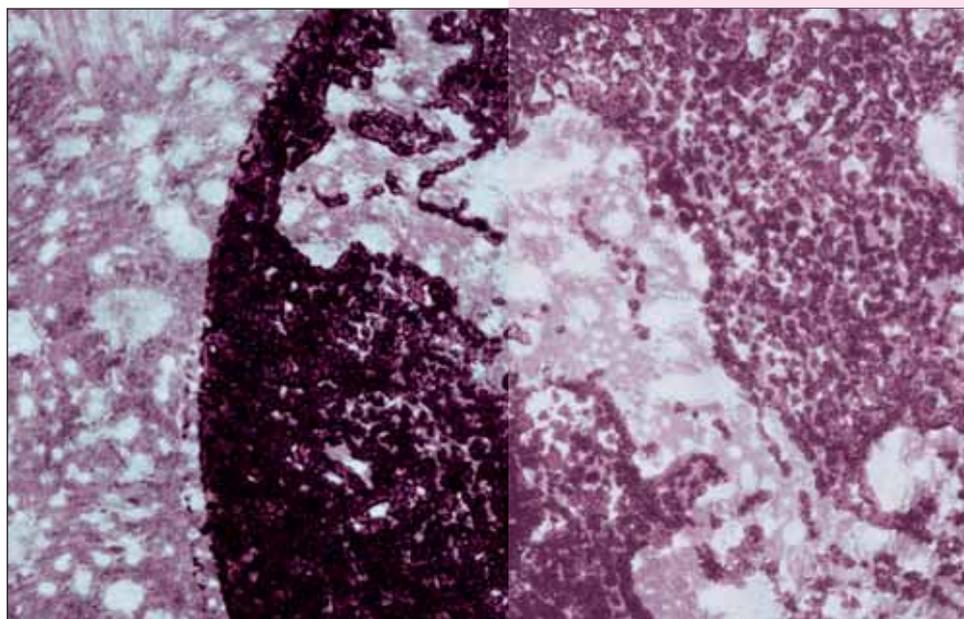
A/RES/51/67 de 12 de diciembre de 1996, párrs. 3, 4 y 8. *Vid.* también la siguiente Resolución de la Asamblea General A/RES/52/96 de 12 de diciembre de 1997 y el informe del Secretario General de 1998 relativo al “Mejoramiento de la situación de la mujer en la Secretaría”, Doc. A/53/376 de 14 de septiembre de 1998.

32

Toda la documentación, incluida información estadística sobre la presencia de las mujeres en los distintos órganos y puestos del sistema de las Naciones Unidas, puede consultarse en la web de la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI) <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/fp.htm>> [consulta: 12 de febrero 2012].

33

A/RES/53/119 de 9 de diciembre de 1998, párrs. 2, 7 y 13. *Vid.* también la siguiente Resolución de la Asamblea General A/RES/54/139 de 17 de diciembre de 1999 y los informes del Secretario General sobre el “Mejoramiento de la situación de la mujer en la Secretaría” de 1999, Doc. A/54/405 de 27 de septiembre de 1999 y 2000, Doc. A/55/399 de 19 de septiembre de 2000.





34

Desde 2001 los informes abarcan al sistema de las Naciones Unidas en general, al principio con carácter anual, y a partir de 2004 cada dos años.

Los informes del Secretario General pueden consultarse en la web de la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI) <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/fpdocumentation.htm>> [consulta: 12 de febrero 2012].

35

Vid. "Administrative Instruction. Special measures for the achievement of gender equality", Secretaría General, Doc. ST/AI/1999/9 de 21 de septiembre de 1999. *Vid.* también la Instrucción Administrativa ST/AI/412 de 5 de enero de 1996 y los boletines ST/SGB/282 de 5 de enero de 1996 y ST/SGB/2008/12 de 1 de agosto de 2008.

36

Vid. Doc. ST/SGB/2002/5 de 23 de abril de 2002. Las actuales normas de selección de personal están reguladas en las Instrucciones Administrativas ST/AI/2006/3/REV.1 de 11 de enero de 2010 y ST/AI/2010/3 de 21 de abril de 2010.

37

A/RES/55/69 de 4 de diciembre de 2000, párrs. 2, 6 y 7. *Vid.* también las siguientes Resoluciones de la Asamblea General A/RES/56/127 de 19 de diciembre de 2001 y A/RES/57/180 de 18 de diciembre de 2002, así como los posteriores informes del Secretario General sobre el "Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas" de 2001 a 2003: Doc. A/56/472 de 15 de octubre de 2001; Doc. A/57/447 de 2 de octubre de 2002; y Doc. A/58/374 de 17 de septiembre de 2003.

38

A/RES/58/144 de 22 de diciembre de 2003, párrs. 7 y 11.

comendaciones y buenas prácticas para alcanzar la paridad de género en el sistema de las Naciones Unidas³⁴.

En octubre de 1999, entran en vigor medidas especiales adoptadas por la Secretaría General para el logro de la paridad de género en el sistema de selección de personal, que hacen hincapié en el potencial de las mujeres para el desempeño, establecen la selección obligatoria de una mujer candidata igualmente calificada y asignan un activo papel de coordinación a los puntos focales de género departamentales (ST/AI/1999/9)³⁵. Estas medidas iban a permanecer en vigor hasta que el Secretario General estuviera convencido de que el objetivo de equilibrio entre los géneros se había cumplido y que sería mantenido, sin embargo, en 2002, antes de que los efectos de las medidas especiales se pusieran de manifiesto, el sistema de selección de personal se modificó, sin incluirse expresamente la aplicación de las medidas especiales previstas para el logro de la paridad de género en 1999³⁶.

Llegado el año 2000, en la Resolución 55/69 la Asamblea General reafirma el objetivo urgente de que las mujeres ocupen el 50% en los puestos de todas las categorías dentro del sistema de las Naciones Unidas, especialmente de las categorías superiores y de adopción de decisiones, demandando al Secretario General que seleccione y reúna candidatas calificadas, en particular de países en desarrollo y de países con economías en transición; que vele por que la

proporción de nombramientos y ascensos de mujeres debidamente calificadas no sea inferior al 50% hasta que se alcance el objetivo de la paridad entre los géneros, mediante la plena aplicación de las medidas especiales para las mujeres y el establecimiento de mecanismos de supervisión y evaluación; y que nombre a más mujeres como representantes y enviadas especiales, especialmente en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz, la consolidación de la paz, la diplomacia preventiva y el desarrollo económico y social, así como en actividades operacionales. Asimismo, la Resolución 55/69 insta encarecidamente a los Estados Miembros a que apoyen los esfuerzos de las Naciones Unidas por alcanzar el objetivo de la paridad cuantitativa de género, seleccionando y presentando regularmente más candidaturas de mujeres para los órganos intergubernamentales, judiciales y especializados, seleccionando y proponiendo fuentes de contratación nacional que ayuden a las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas a elegir candidatas apropiadas, en particular de países en desarrollo y de países con economías en transición, y alentando a más mujeres a postularse a puestos dentro de la Secretaría, los organismos especializados, los fondos y programas y las comisiones regionales, incluso en esferas en que las mujeres no estén suficientemente representadas, como el mantenimiento de la paz, la consolidación de la paz y otras no tradicionales³⁷.

En 2003, en la Resolución 58/144 la Asamblea General insta encarecidamente al Secretario General a que intensifique sus esfuerzos por nombrar a más mujeres en los cargos de representantes y enviados especiales en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz, la consolidación de la paz, la diplomacia preventiva y el desarrollo económico y social, a fin de alcanzar el objetivo del 50% para 2015, y solicita al Secretario General que informe a la Asamblea General con estadísticas actualizadas sobre el número y el porcentaje de mujeres en todas las unidades organizativas y a todos los niveles en el sistema de Naciones Unidas³⁸.



En cumplimiento de la Resolución, el Secretario General publicó en 2004 el informe sobre el “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas”, en el que se analizan la distribución por géneros de los funcionarios del cuadro orgánico y categorías superiores de la Secretaría General y de las agencias y organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, alcanzando la proporción general de mujeres el 36,4% al 31 de diciembre de 2003, con un ritmo muy lento de crecimiento, a una tasa media anual del 0,4% desde 1998 a 2004, señalándose expresamente entre los factores que repercutieron en los lentos progresos para la consecución del objetivo de la paridad de género: los procesos de selección y contratación, la falta o escasa rendición de cuentas por parte de los directores y directoras de los programas, así como el ambiente de trabajo y la cultura de la Organización, proponiéndose un conjunto de medidas y recomendaciones para su superación, especialmente, la revisión de las estrategias de contratación, las políticas de ascenso, retención y adelanto profesional, las políticas de justicia y lucha contra el hostigamiento, la planificación de los recursos humanos y de la sucesión de los cargos, las políticas sobre vida profesional y privada, la cultura administrativa y los mecanismos de rendición de cuentas para conseguir que no se perjudique a las mujeres de manera directa o indirecta³⁹.

En 2006, la Comisión de Administración Pública Internacional (CAPI) examinó la cuestión de la paridad de género de más de 20 entidades del sistema de las Naciones Unidas. Con respecto a las medidas en materia de contratación, ascenso, seguimiento y rendición de cuentas para lograr el equilibrio de género, el estudio indica que la situación varía entre las organizaciones, desde las que no tienen po-

líticas de contratación y promoción hasta las que realizan auditorías de género periódicamente, evidenciándose en el informe de la CAPI una clara correlación entre la aplicación selectiva de medidas y políticas que tengan en cuenta las cuestiones de género y la mayor representación de las mujeres en la composición de la plantilla de personal, la contratación y los ascensos, siendo igualmente esencial imponer a los/as directores/as de programas una responsabilidad efectiva por el logro de los objetivos de paridad de género⁴⁰.

Ese mismo año, en el informe del Secretario General sobre el “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas”, de 7 de septiembre de 2006, se constata de nuevo que la representación de las mujeres en el cuadro orgánico y categorías superiores permaneció casi sin cambios, incluso se produjeron retrocesos en algunos ámbitos (especialmente en la categoría D-1), habiendo aumentado mínimamente en un 0,6%, del 36,3% al 36,9%, en el período comprendido entre el 1 de julio de 2004 y el 30 de junio de 2006. En el informe se señalan tres factores claves que hay que abordar para lograr el objetivo de la paridad de género: la necesidad de establecer una distinción clara entre la incorporación de las cuestiones de género y la paridad de género; el compromiso de los directivos superiores de aplicar medidas especiales positivas de cumplimiento obligatorio; y la institucionalización de claros mecanismos de rendición de cuentas sobre la paridad de género, afirmándose que los desequilibrios de género son un problema multidimensional y sistémico que requiere una respuesta sistémica e integrada⁴¹.

En noviembre de 2007, la Oficina de la Asesora Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI) convocó a una reunión del Grupo de Expertos sobre las medidas para acelerar la

mejora de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas, que propuso medidas para acelerar el avance hacia el objetivo de la paridad cuantitativa entre los géneros y el establecimiento de un entorno de trabajo más sensible a las cuestiones de género, destacando especialmente la necesidad de hacer frente a las siguientes cuestiones para lograr el equilibrio de género: reintroducir medidas especiales y de acción positiva de carácter vinculante para seleccionar a las candidatas con cualificaciones iguales hasta que se alcance la meta de la paridad de género; formular y aplicar una política amplia en materia de género; mejorar el desarrollo profesional, la cultura organizacional y eliminar los obstáculos oficiosos que se oponen a ello; e incrementar la supervisión y la rendición de cuentas⁴².

Un año más tarde, en agosto de 2008, la Comisión de Administración Pública Internacional (CAPI) examinó de nuevo la cuestión de la paridad de género en el sistema de las Naciones Unidas utilizando la información reunida mediante un cuestionario al que respondieron 21 entidades. En el informe se señala que la mejora en la representación de las mujeres en el régimen común de las Naciones Unidas depende de la aplicación efectiva de planes que incluyan una perspectiva de género en los ámbitos de la contratación, los ascensos, la retención, las políticas en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, la supervisión y la rendición de cuentas en relación con la situación de la mujer, haciéndose, entre otras, las siguientes recomendaciones: designar un puesto de coordinación de categoría superior para cuestiones de género a fin de que lidere la formulación de planes y estrategias adecuadas para lograr la paridad de género; establecer objetivos anuales alcanzables en materia de género en las organizaciones y llevar a cabo exámenes anuales para deter-



39

Vid. A/59/357 de 20 de septiembre de 2004, párrs. 127-141.

40

Vid. *Report of the International Civil Service Commission for the year 2006*, General Assembly, Official Records, Thirty-first Session, Supplement No. 3, New York, United Nations, 2006, Doc. A/61/30, párrs. 96-112.

41

Vid. Doc. A/61/318 de 7 de septiembre de 2006, párrs. 4, 80-91.

42

A fin de asegurar la selección de mujeres con igual o mejor cualificación hasta que se alcance la paridad cuantitativa entre los géneros, en la reunión del Grupo de Expertos se instó a introducir medidas especiales y de acción positiva en el sistema de selección de personal de las Naciones Unidas. Sin embargo, el sistema introducido en la Secretaría de las Naciones Unidas el 1 de enero de 2007 (ST/AI/2006/3) eliminó las medidas especiales incluidas en el sistema anterior, especialmente las relativas a la selección obligatoria de una mujer candidata con iguales cualificaciones, a prestar atención a la capacidad de rendimiento profesional de la mujer y a la función activa y de asesoramiento para los coordinadores departamentales de cuestiones de género. Las investigaciones realizadas han demostrado los efectos que tienen las medidas especiales aplicadas con sumo cuidado, así como la definición de objetivos importantes, para asegurar el progreso de las mujeres con grandes posibilidades hacia los puestos directivos. De ese modo, la evaluación y la supervisión de las actividades se convierten en el componente inicial de la acción, en lugar del objetivo final, para el progreso de una organización, *vid. Report of the Expert Group Meeting on Measures to Accelerate the Improvement in the Status of Women in the United Nations System*, Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Women, New York, United Nations, 14-16 November 2007, puede consultarse en <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/egm/EGM%20REPORT%20FINAL%202009.pdf>> [consulta: 12 de febrero 2012].

43

El informe de la Comisión de Administración Pública Internacional (CAPI) sólo se refiere al régimen común de las Naciones Unidas, que incluye a 23 entidades del sistema, incluida la propia Organización de las Naciones Unidas, sus programas afiliados y los organismos especializados, *vid. Report of the International Civil Service Commission for 2008*, General Assembly, Official Records, Thirty-third Session, Supplement No. 30, New York, United Nations (2008), Doc. A/63/30, párrs. 95-109.

44

Vid. Doc. A/63/364 de 18 de septiembre de 2008, especialmente párrs. 5, 18-24 y 27 y ss.

45

Vid. *Gender Balance Strategy for the United Nations Secretariat: A Strategy Action Plan*, Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Women and Office of the Focal Point of Woman, New York, United Nations, 2010, puede consultarse en <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/fpgenderstrategy.htm>> [consulta: 12 de febrero 2012].

46

A/RES/65/191 de 21 de diciembre de 2010, párrs. 19 y 20 y A/RES/66/132, (A/66/455, proyecto de Resolución V, de 30 de noviembre de 2011), párrs. 22 y 23.

minar los progresos en relación con el logro de esos objetivos; responsabilizar a los puestos directivos del logro de los objetivos anuales en materia de género mediante mecanismos de evaluación de la actuación profesional; estudiar la posibilidad de otorgar a los órganos de examen de la selección/ascensos competencias para que puedan rechazar las propuestas de selección cuando se prefiera a un hombre cualificado sobre una mujer igualmente cualificada, como medida especial hasta que las entidades alcancen el objetivo de la paridad de género a todos los niveles; y aplicar las normas y medidas existentes para promover la paridad entre hombres y mujeres⁴³.

Sin embargo, en el Informe del Secretario General relativo al “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas”, de 18 de septiembre de 2008, se constata de nuevo el escaso avance habido en los últimos años para lograr la paridad de género. Entre diciembre de 2004 y diciembre de 2007 la representación de las mujeres en el cuadro orgánico y categorías superiores del sistema de las Naciones Unidas mejoró muy levemente, pasando del 36,9% al 38,4%, lo que supone un incremento total del 1,5%, esto es, del 0,5% al año. Entre los principales obstáculos con los que tropiezan las entidades para alcanzar la paridad de género, en el informe se señalan expresamente: las deficiencias existentes en los mecanismos de rendición de cuentas, supervisión y aplicación; inexistencia de medidas especiales para promover la igualdad entre los géneros; falta de integración de los sistemas de coordinación entre departamentos; inflexibilidad de las condiciones de trabajo; insuficiencia de la información sobre la contratación; bajo número de mujeres candidatas cualificadas; y mayores tasas de disminución natural entre las mujeres. Entre las recomendaciones para acelerar los progresos, se insiste en promover la función de

liderazgo, mejorar la supervisión y rendición de cuentas, aplicar más rigurosamente las normas vigentes, y en la necesidad de tomar medidas urgentes y redoblar los esfuerzos para acelerar el logro de la paridad⁴⁴.

Con este objetivo, en 2010 se aprueba el “Plan de Acción Estratégico sobre Equilibrio entre los Géneros para la Secretaría de las Naciones Unidas”, proponiéndose un extenso elenco de medidas especiales, particularmente para los departamentos que no están alcanzando sus objetivos de paridad entre los géneros en términos de contratación y retención, en 11 áreas de acción principales, entre otras, las relativas a mejorar los mecanismos de comunicación y sensibilización, a revisar las políticas de género, fortalecer la contratación y selección de mujeres cualificadas, incrementar oportunidades de desarrollo y progreso profesional, ampliar horarios de trabajo flexible y a superar las barreras informales en el clima y la cultura de trabajo⁴⁵.

Finalmente, transcurridos ya 10 años sin haberse alcanzado el objetivo de la paridad de género, en sus últimas Resoluciones 65/191 de 2010 y 66/132 de 2011, la Asamblea General constata con preocupación que la representación de las mujeres en el sistema de las Naciones Unidas ha permanecido prácticamente sin cambios⁴⁶, como demuestra el último informe del Secretario General sobre el “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas”, de 9 de septiembre de 2010. En efecto, durante el período de dos años abarcado por el informe, del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2009, la presencia de las mujeres en el cuadro orgánico y categorías superiores aumentó marginalmente de 38,4% a 39,9%, lo que se traduce en un incremento medio anual del 0,75%. El análisis de las estadísticas de 2000 a 2009 también presenta un panorama desalentador en las tendencias generales del adelanto de la mujer en el sistema de las



Naciones Unidas. Durante este período, la proporción de funcionarias se ha incrementado del 33,4% al 39,9%, a una tasa anual de apenas 0,7%⁴⁷.

Entre los obstáculos que impiden la consecución del objetivo de la paridad de género, en el informe se señalan expresamente la existencia de mecanismos deficientes de rendición de cuentas, seguimiento y cumplimiento; la falta de medidas especiales para fomentar la igualdad entre los géneros; la escasa integración de los sistemas de coordinadores; la aplicación deficiente de las modalidades de trabajo flexible; y la divulgación insuficiente y escaso número de mujeres aspirantes cualificadas. Para superar estos obstáculos son necesarias medidas urgentes y eficaces, en el informe se proponen especialmente modalidades de trabajo flexible⁴⁸; incluir una divulgación más efectiva que llegue a las reservas de candidatas potenciales, a través de contactos directos con las organizaciones no gubernamentales, organizaciones de mujeres y universidades; aplicar de forma más rigurosa las medidas para mejorar la promoción profesional de las funcionarias, incluidas las medidas especiales, fundamentalmente disposiciones vinculantes para el sistema de selección de personal que garanticen directamente la contratación y promoción de la mujer; alentar a los Estados Miembros a que presenten activamente nombres de mujeres candidatas, especialmente para puestos de alto nivel; y mejorar la eficacia de los mecanismos de supervisión y rendición de cuentas⁴⁹.

En caso contrario, si no se asume un efectivo compromiso para su implementación y exigencia por las propias Naciones Unidas y los Estados miembros, difícilmente se logrará el objetivo establecido en la *Plataforma de Acción de Beijing* de alcanzar la paridad de género en el sistema de las Naciones Unidas siquiera sea en “un futuro muy cercano”.

IV. RECAPITULACIÓN. LA PARIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS: UN RETO POR CONQUISTAR EN EL SIGLO XXI

Desde la *Plataforma de Acción de Beijing* de 1995, la Asamblea General ha instado reiteradamente a la Secretaría General y a todo el sistema de las Naciones Unidas a lograr la paridad de género inicialmente para el año 2000, reajustándose la fecha límite en las últimas Resoluciones a “un futuro muy cercano”. Sin embargo, como demuestra este estudio, el mandato de la Asamblea General de lograr la paridad de género en todos los niveles y categorías del sistema de las Naciones Unidas sigue siendo un objetivo difícil de cumplir, incluso a principios de la segunda década del siglo XXI. En efecto, los últimos informes presentados por el Secretario General sobre el “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas” reflejan los escasos progresos habidos y la constante infrarrepresentación de las mujeres en la mayoría de los niveles y categorías de la Organización, destacando especialmente los desequilibrios crónicos de género en los niveles superiores (P-5, D1 y D2 y superiores), estando claramente concentradas las mujeres en las categorías inferiores y en los tramos de edad más bajos⁵⁰. Así, atendiendo al último informe del Secretario General de 2010, de las 30 entidades analizadas solamente 7 alcanzaron la paridad de género en el cuadro orgánico y categorías superiores, mientras que la representación global de la mujer en la Secretaría y en el resto del sistema de las Naciones Unidas no llegó al 40% en 2009⁵¹. Al actual ritmo de progreso, el equilibrio de género del 50% no se alcanzará hasta 2114 en la categoría P-5 y hasta 2130 en la categoría D-1⁵².

Asimismo, la falta de equilibrio de género entre los miembros de la Comisión de Administración Pública Internacional (CAPI), que son elegidos por la misma Asamblea General, es también digno de mención, pues sólo 3 de sus 15 miembros son mujeres, sin ol-

47

Vid. Doc. A/65/334 de 9 de septiembre de 2010, párrs. 5 y 11.

48

El 1 de febrero de 2003 la Secretaría General introdujo arreglos de trabajo flexible, tras un período de prueba de seis meses, contemplándose las opciones siguientes, a discreción del director del programa: horarios de trabajo escalonados, horario de trabajo comprimido (10 días laborables en nueve), y pausas programadas para actividades didácticas externas y teletrabajo, *vid.* Doc. ST/SGB/2003/4 de 24 de enero de 2003. Al respecto, *vid.* el estudio reciente *Report of the Expert Group Meeting on Policy, Practice and Potential: Work-life integration in the United Nations system*, United Nations Entity for Gender Equality and Empowerment of Women (UN Women), United Nations, 9-11 November, 2010, puede consultarse en http://www.un.org/womenwatch/osagi/worklifeissues/EGM_Paper_on_Work_Life_Integration.pdf [consulta: 12 de febrero 2012].

49

Doc. A/65/334, *op. cit.*, párrs. 72 y ss. Sólo 15 entidades del sistema de las Naciones Unidas aplican algún tipo de medidas especiales para mejorar la situación de la mujer, destacando especialmente las adoptadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que impone la contratación de mujeres y hombres en una proporción de 3/2 en todos los niveles, hasta que se logre la paridad entre los géneros, o por la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS), cuyas medidas especiales obligan a seleccionar a las mujeres candidatas con iguales calificaciones, hasta que se alcance del 45% al 55% de tasa de paridad. Como se indicó más arriba, la Secretaría General promulgó medidas especiales en materia de igualdad de género en 1999, sin embargo, tal como se aplica, el sistema de selección de personal parece no tener carácter obligatorio ni prevé una rendición de cuentas de su aplicación, *ibidem*, párr. 77.

50

Vid. especialmente los informes del Secretario General sobre el “Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas” de 2006 a 2010: Doc. A/61/318 de 7 de septiembre de 2006, párr. 41; Doc. A/63/364 de 18 de septiembre de 2008, párr. 5; y Doc. A/65/334 de 9 de septiembre de 2010, párr. 5.

51

Vid. Doc. A/65/334 de 9 de septiembre de 2010, especialmente párrs. 8 y 45-46. Los datos relativos a la representación de las mujeres en el sistema de las Naciones Unidas y en la Secretaría a 31 de diciembre de 2009 pueden consultarse en el Gráfico I del Anexo.



52

En este sentido, *vid. Report of the Expert Group Meeting on Measures to Accelerate the Improvement in the Status of Women in the United Nations System*, op. cit., párr. 31.

53

La composición de la Comisión de Administración Pública Internacional (CAPI) puede consultarse en su página web <<http://icsc.un.org/about/default.asp>> [consulta: 12 de febrero 2012].

54

La composición de la Dependencia Común de Inspección (DCI) puede consultarse en su página web <<http://www.unjlu.org/sp/inspectors.htm>> [consulta: 12 de febrero 2012].

55

Vid. especialmente las Resoluciones A/RES/62/137 de 18 de diciembre de 2007, párr. 24; A/RES/63/159 de 18 de diciembre de 2008, párr. 26; A/RES/64/141 de 18 de diciembre de 2009, párr. 19; y A/RES/65/191 de 21 de diciembre de 2010, párr. 21.

56

En este sentido, *vid. Report of the Expert Group Meeting on Measures to Accelerate the Improvement in the Status of Women in the United Nations System*, op. cit., especialmente párrs. 6-10 y 17.

vidar que este órgano tiene un importante papel normativo al regular las condiciones de empleo de las organizaciones del régimen común de las Naciones Unidas⁵². Igualmente, en la Dependencia Común de Inspección (DCI), otro órgano cuyos miembros son elegidos por la Asamblea General, hay una sola mujer entre sus 11 inspectores, siendo el único órgano independiente de supervisión externa del sistema de las Naciones Unidas al que se ha conferido el mandato de realizar evaluaciones, inspecciones e investigaciones y proponer mejores prácticas de gestión a nivel de todo el sistema⁵³.

En consecuencia, a pesar de las diversas medidas adoptadas no se han alcanzado grandes progresos, al haberse puesto el acento en el logro de una serie de metas cuantitativas relacionadas con la proporción de mujeres en los distintos puestos y categorías, desviándose la atención de las cuestiones fundamentales, especialmente, la superación de los obstáculos y barreras estructurales que perpetúan las desigualdades entre mujeres y hombres, que exigen la adopción de políticas y estrategias de género así como la institucionalización de mecanismos eficaces de su supervisión y rendición de cuentas, pues los des-

equilibrios de género tienen carácter multidimensional y sistémico que requiere respuestas sistémicas e integradas. Por tanto, acabar con tal quiebra estructural en el propio seno de las Naciones Unidas requiere de un efectivo compromiso al más alto nivel en una cultura organizacional que garantice la participación igualitaria de mujeres y hombres en todos los ámbitos y niveles profesionales y decisorios, implementándose mecanismos eficaces de supervisión, control, rendición de cuentas y responsabilidad que aseguren la superación real de los diversos obstáculos y la eficacia de las medidas y actuaciones establecidas. Asimismo, no puede olvidarse que el objetivo de la paridad de género en el sistema de las Naciones Unidas no podrá alcanzarse sin el concurso de los Estados Miembros, que constituyen una importante fuente de contratación para la Organización, de ahí el llamamiento que reiteradamente ha hecho la Asamblea General para que coadyuven a aumentar la representación de las mujeres en el sistema de las Naciones Unidas⁵⁴.

Sólo así se podrá alcanzar y mantener de forma real y efectiva la paridad de género en el sistema de las Naciones Unidas, siquiera sea, en la primera mitad del siglo XXI. En caso contrario, cabe esperar que ante los escasos progresos logrados y a falta de disposiciones normativas vinculantes que exijan su cumplimiento, el objetivo de la efectiva paridad de género en el sistema de las Naciones Unidas no parece que se alcance fácilmente en los próximos años, ni siquiera en la primera mitad del siglo XXI, es decir, mucho más allá de ese “futuro muy cercano” que demanda la Asamblea General. Sin embargo, alcanzar el equilibrio de género en todo el sistema de las Naciones Unidas es importante, no sólo porque mejorará el buen funcionamiento y eficacia de la Organización, sino, especialmente, porque aumentará de manera significativa el papel de liderazgo de las Naciones Unidas en la promoción de la igual representación y participación de las mujeres en todos los ámbitos y en la consecución de la igualdad efectiva de las mujeres en todo el mundo⁵⁵.

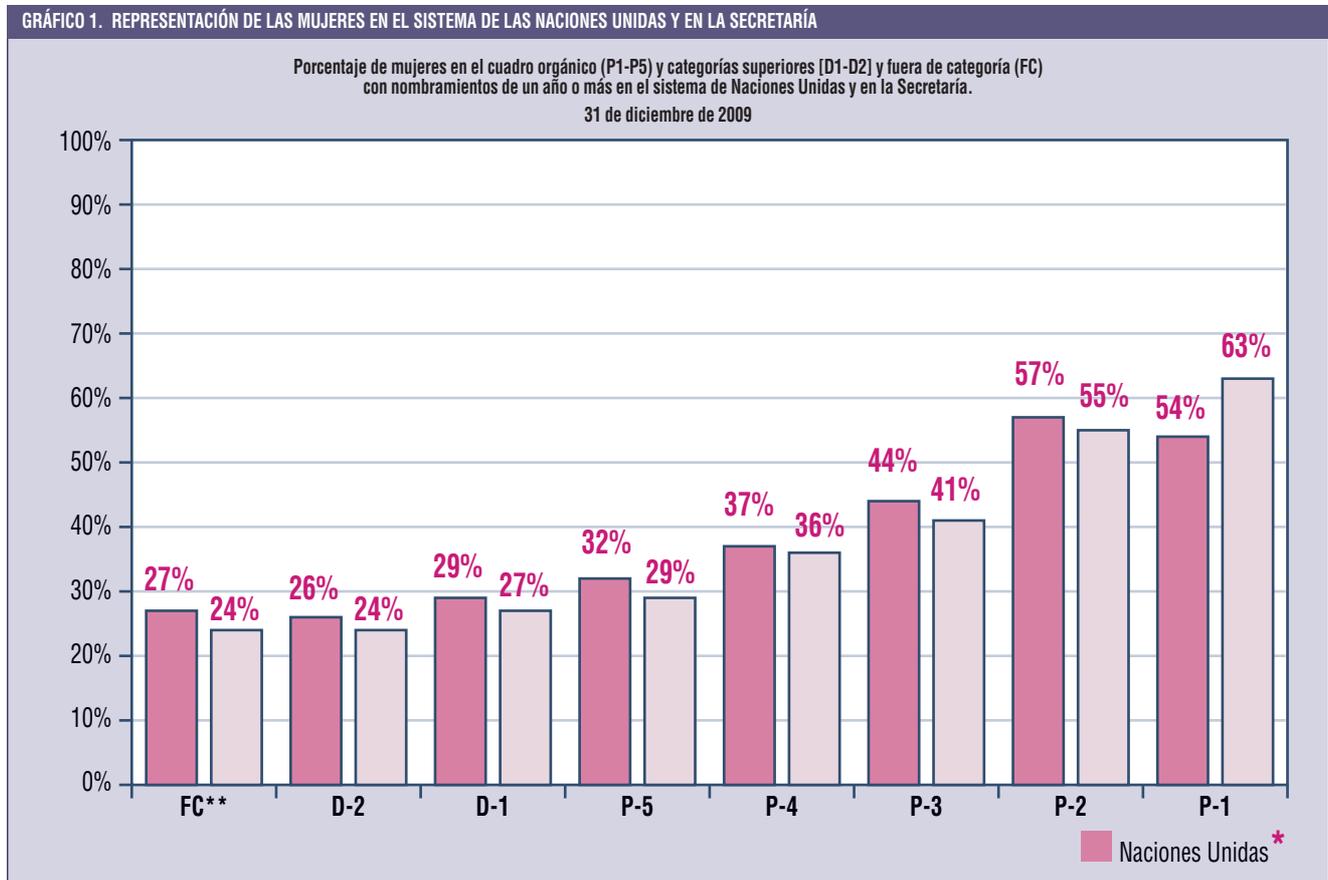




ANEXO

| Resolución | Fecha de adopción | Meta de representación de las mujeres | Fecha de logro |
|---------------|-------------------|--|-----------------------|
| AA/RES/41/206 | 11-12-1986 | 30% puestos sujetos a distribución geográfica | 1990 |
| A/RES/45/239 | 21-12-1990 | 35% puestos sujetos a distribución geográfica, especialmente puestos de categoría superior y de toma de decisiones | 1995 |
| A/RES/50/164 | 22-12-1995 | 25% puestos de niveles D-1 y superiores | 2000 |
| A/RES/51/67 | 12-12-1996 | 50% puestos directivos y toma de decisiones | 2000 |
| A/RES/52/96 | 12-12-1997 | 50% en todos los niveles | 2000 |
| A/RES/52/96 | 12-12-1997 | 50% para todos los puestos | 2000 |
| A/RES/58/144 | 22-12-2003 | 50% representantes y enviados especiales designados por el Secretario General | 2015 |
| A/RES/59/164 | 20-12-2004 | | |
| A/RES/63/159 | 18-12-2008 | 50% para todos los puestos | un futuro muy cercano |
| A/RES/65/191 | 21-12-2010 | | |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos publicados en la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI): <<http://www.un.org/womenwatch/osagi/fplegbasis.htm>> [consulta: 12 febrero 2012]



* 30 de 31 entidades presentaron datos para 2009.

** FC significa "fuera de categoría", se incluyen los puestos de Secretaría General, Subsecretaría General y Secretaría General Adjunta, Dirección General Adjunta, Subdirección General y Dirección General.

| A 31 de diciembre de 2009, LAS MUJERES REPRESENTAN EN EL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS: | A 31 de diciembre de 2009, LAS MUJERES REPRESENTAN EN LA SECRETARÍA DE LAS NACIONES UNIDAS: |
|---|--|
| 39.9% (11.514 de 28.849) de todo el personal del cuadro orgánico y categorías superiores con nombramientos de un año o más | 39% (3.951 de 10.118) de todo el personal del cuadro orgánico y categorías superiores con nombramientos de un año o más |
| 28.4% (762 de 2.685) del personal del nivel D-1 y superiores | 26% (195 de 751) del personal del nivel D-1 y superiores |
| 41.1% (10.752 de 26.164) de todo el personal del cuadro orgánico (P1-P5) | 40.1% (3.756 de 9.367) de todo el personal del cuadro orgánico (P1-P5) |
| La paridad de género sólo se ha alcanzado en los niveles P-1 (54.8%) y P-2 (57.4%). | La paridad de género solo se ha alcanzado en los niveles P-1 (63.4%) y P-2 (55.2%). |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos publicados en el informe del Secretario General relativo al "Mejoramiento de la situación de la mujer en el sistema de las Naciones Unidas", Doc. A/65/334 de 9 de septiembre de 2010, párrs. 5 y 45.

**Breve análisis
de los factores legales
a ponderar por el/la juez
al decidir sobre
el régimen de guarda
y custodia de los hijos
en Aragón**

POR MARÍA ÁNGELES CALLIZO LÓPEZ.
Juez sustituta de los Juzgados de Zaragoza.



RESUMEN

La configuración en el Código del Derecho Foral de Aragón del régimen de guarda y custodia compartida de los hijos/as comunes menores de edad frente al régimen de guarda y custodia exclusiva o monoparental como regla general, como régimen legal preferente, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, no implica que su adopción por el órgano judicial se realice de manera automática como solución válida para todos los casos, si uno de los progenitores se opone peticionando la custodia individual para sí, sino que se impone una adecuada ponderación y justificación por el órgano judicial de las circunstancias concurrentes, en particular, de los factores consignados expresamente en el texto legal, atendiendo siempre al beneficio e interés de los hijos e hijas comunes menores de edad, principio inspirador de la normativa, atribuyéndole en dicha actividad valorativa una amplia facultad discrecional y atendiendo, de modo primordial, al plan de relaciones familiares que cada uno de los progenitores ha de presentar.

Palabras clave: Aragón, custodia compartida, plan de relaciones familiares, preferencia legal y factores legales.

ABSTRACT

The shaping in the Local Law Code in Aragon of the system of joint guardianship and custody of the mutual children who are under age as contrasted with the system of exclusive or single-parent guardianship and custody as a general rule, as preferential legal system, in case of breakdown of the parents? co-habitation, does not imply that the judicial body adopts it automatically as a valid solution in all the cases, if one of the parents is against it requesting the individual custody for his/her own, but it prevails an adequate adjustment and justification by the judicial body of the concurrent circumstances, specifically of the factors expressly recorded in the legal text, always in accordance with the interests and benefits of the mutual children who are under age, principle which inspired the rules/regulation, conferring to it in such evaluative activity an ample discretionary power/competence and in accordance, mainly, with the plan of family relationships that each parent must present.

Keywords: aragon, joint custody, plan of family relationships, legal preference and legal factors.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad política legislativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el ámbito del Derecho civil foral aragonés, símbolo de nuestra identidad originaria, ejerciendo sus competencias de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil propio y del Derecho procesal derivado de las particularidades de su Derecho sustantivo en el marco del artículo 149.1.8^a y 6^a de la Constitución y del artículo 71. 2^a y 3^a del Estatuto de Autonomía, tendente a la formación de un Cuerpo legal de Derecho civil propio¹, ha culminado con la aprobación por el Gobierno de Aragón, mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, que entró en vigor el día 23 de abril de 2011, día en que la Comunidad celebra el día de Aragón.

Entre las Leyes civiles autonómicas que son objeto de refundición en el citado Cuerpo legal², y por ende de derogación formal, constituyó una auténtica novedad, en el ámbito del Derecho de familia, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las

relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, con entrada en vigor el 8 de septiembre de 2010, al regular en su articulado, entre otros extremos, la institución denominada “custodia compartida”, configurándola frente a la custodia individual como el régimen de custodia que el/la Juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos e hijas comunes y en ausencia de pacto de relaciones familiares, en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres, con el fin de favorecer el mejor interés de los hijos/as y promover la igualdad entre los progenitores, y fundamentándola en dos derechos esenciales, a saber, el derecho de los hijos e hijas a mantener un contacto directo, regular y continuado con sus padres y el derecho de éstos a la igualdad en sus relaciones con aquéllos, es decir, igualdad de trato en el ejercicio de la autoridad familiar. Novedad legislativa al regular, por primera vez, una norma autonómica dicha institución³ y al margen de la regulación contenida en el ámbito del Derecho civil estatal, artículo 92 del Código Civil e introducida en virtud de la

Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulación ésta que si bien tiene el mérito de reconocer “*ex novo*” la institución del régimen de custodia compartida como un régimen específico de guarda y custodia de menores de edad o incapacitados, alternativo al modelo primario de custodia individual o exclusiva, su estimación por los órganos judiciales en los correspondientes procesos en defecto de acuerdo de los cónyuges y, por analogía, de las parejas de hecho, ha tenido y tiene carácter excepcional y restrictivo, dada su configuración legal.

En la sistemática del Código del Derecho Foral de Aragón la novedosa regulación, comprensiva de diez artículos, se inserta en la Sección 3^a bajo la rúbrica “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos/as a cargo”, artículos 75 a 84, del Capítulo II titulado “Deber de crianza y autoridad familiar”, del Título II “De las relaciones entre ascendientes y descendientes”, del Libro Primero I “Derecho de la Per-

**1**

Ponencia General de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 1996 sobre “Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil en Aragón”. El objetivo global de la tarea legislativa “la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación, mediante la promulgación de un nuevo cuerpo Legal de Derecho Civil Aragonés enraizado en nuestra historia, vivificado por los principios y valores constitucionales y adecuado a las necesidades y convicciones de los aragoneses”.

2

Título Preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, aprobada como Ley 15/1967, de 8 de abril; Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte; Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad; Ley 13/2006, de Derecho de la persona; Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres y Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.

3

En la fecha de redacción de este trabajo, enero de 2012, las CCAA que han regulado la institución de la custodia compartida como alternativa a la custodia individual en los supuestos de crisis familiares han sido las siguientes: el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por Ley 25/2010, de 29 de julio, LCAT 2010/534, ha aprobado el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, con entrada en vigor el 1 de enero de 2011; las Cortes de la Comunidad Autónoma de Valencia, por Ley 5/2011, de 1 de abril, LCV 2011/156, han aprobado la Ley de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan, con entrada en vigor el 6 de mayo de 2011, pendiente de resolución por el Pleno del Tribunal Constitucional del recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011, promovido por el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, al entender que “esta norma autonómica regula instituciones civiles que carecen de antecedentes en el ámbito de la legislación foral de Valencia y, por tanto, excede de las competencias de la Comunidad Autónoma para la “conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano” y vulneran las competencias exclusivas del Estado sobre legislación civil”, BOE 26 de julio de 2011 y 3 de diciembre de 2011; y, el Parlamento de Navarra, por Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, BON 28 de marzo de 2011, con entrada en vigor a los tres meses de su publicación.

4

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*. Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza (2011), pp. 136 y 137. En el mismo sentido véase GONZALEZ DEL POZO, JP. “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *La Ley* (2010), núm. 7529.

sona”, Libro que recoge el articulado de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, sin otra modificación que la derivada de la intercalación del articulado de la Ley 2/2010, de 26 de mayo.

El objetivo del presente artículo consiste en analizar los factores legales, criterios o parámetros que deben ser valorados por el órgano judicial al abordar la difícil tarea de decidir el régimen de guarda y custodia de los hijos e hijas comunes menores de edad, que resulte más idóneo a la realidad familiar enjuiciada, atendiendo a la novedad legislativa aragonesa de configuración de la institución de la custodia compartida como régimen legal preferente en interés de los hijos/as, en defecto de acuerdo de los progenitores, en los correspondientes procedimientos judiciales entablados, como consecuencia de la ruptura de la convivencia de los mismos, conforme a las reglas del Capítulo IV, Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello hace preciso iniciar la exposición con una referencia somera a los principales aspectos sobre los que se asienta la organización de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los padres en la normativa aragonesa.

II. PRINCIPALES ASPECTOS SOBRE LOS QUE SE ASIENTA LA ORGANIZACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

1

Ámbito de Aplicación:

La aplicación de la normativa requiere la concurrencia de dos presupuestos fácticos, a saber, ruptura de la convivencia de los padres y existencia de hijos e hijas comunes a cargo.

A

La ruptura de la convivencia de los padres presupone, obviamente, una situación previa de convivencia, por

lo que una interpretación literal conllevaría a excluir de la aplicación de la normativa a aquellos supuestos en los que la generación del hijo/a haya sido fruto de una relación esporádica de los progenitores, sin haber existido convivencia entre ellos, o aquellos otros en que los progenitores han optado por rechazar un proyecto de vida en común⁴; no obstante la dicción literal, deben estimarse comprendidos dentro del ámbito objetivo también estos supuestos, bien por la alusión a los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos e hijas menores, que supone una remisión al artículo 769.3 y 770.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien por aplicación de los principios inspiradores de la reforma legislativa y contenidos en su Preámbulo, entre otros, el principio del superior interés del menor, protección de la infancia y no discriminación de los hijos e hijas por razón de filiación, máxime cuando la intención del legislador aragonés es regular las relaciones paterno filiales en los casos de nulidad, separación y divorcio, o de ruptura de la convivencia de parejas estables no casadas o de parejas de hecho con hijos/as a cargo, de manera uniforme, con independencia del vínculo que liga a los progenitores (Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera del CFA).

B

La existencia de hijos e hijas comunes a cargo. Expresión legal en la que tienen cabida los hijos/as comunes a los convivientes menores de edad no emancipados sujetos a la autoridad familiar de ambos padres, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 5, 63 y 76 del CFA, los incapaces mayores de edad en los supuestos de prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar, ex artículos 41, 42 y 80.1 del CFA, y los mayores de edad o emancipados capaces, que no hubieran completado su formación profesional y carecieran de recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, en los términos del artículo 69 del CFA.



Asimismo el último inciso del párrafo 2 del artículo 75 dispone que la finalidad de la presente Sección es “(...) que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas”⁵. Se pretende así, que la ruptura o cese de la convivencia de los progenitores no afecte al derecho de los hijos/as a continuar la relación y comunicación con personas que le son próximas, humana y afectivamente, de forma paralela a lo dispuesto en el artículo 160.2 del CC y artículo 60 del CFA.

Concurriendo los presupuestos fácticos antes reseñados resultará aplicable la normativa aragonesa cuando, además, se trate de españoles con vecindad civil aragonesa, por aplicación de la norma de conflicto del Derecho Interregional del artículo 16.1 del CC que remite a las normas de derecho internacional privado.⁶

En esta línea señala FORCADA MIRANDA⁷ que “(...) Conviene recordar al efecto que en Aragón el artículo 9.2 del Estatuto aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, dota de eficacia personal al derecho aragonés que será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa con independencia del lugar de su residencia y con la excepción de las disposiciones con eficacia territorial (...) En un nivel paralelo, pueden surgir interferencias con la aplicación de la Ley 2/2010 en lo que hace referencia a las relaciones paterno filiales, en tanto en cuanto el artículo 9.4 del código civil remite a la ley personal del hijo y, en su defecto, a la de su residencia habitual, y siempre pueden surgir problemas o dudas aplicativas”.

Así mismo, señala TENA PIAZUELO⁸ que “Lo que la ley no precisa de ninguna manera es su ámbito personal de aplicación, dando por sobreentendido que el ámbito territorial se refiere a Aragón. Aunque en la práctica tal vez la hipótesis tarde en plantarse (pues, llanamente, la Ley parece pensada para progenitores aragoneses, con hijos de vecindad civil aragonesa, que residan en Aragón), cabría imaginar situa-

ciones (nada extrañas si se tiene en cuenta la constante movilidad territorial, o el aporte de población inmigrante) que requiriesen normas de conflicto interregional (...)”. Y BAYOD LÓPEZ⁹ señala que “La regulación aragonesa sobre la llamada custodia compartida debe aplicarse cuando los hijos a cargo tengan vecindad civil aragonesa o se desconozca su vecindad (art. 9-4 Cc) si residen en Aragón, y ello con independencia de la vecindad civil de los padres. Con ello podemos tener muchos más casos de aplicación de esta normativa cuyo objeto es la protección no sólo de los menores, sino de todos los hijos a cargo, también de los mayores de edad”.

De acuerdo con el sistema de fuentes establecido en el artículo 1.2 del CFA¹⁰ la existencia de norma aragonesa reguladora de los efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos e hijas a cargo conlleva un desplazamiento de la normativa contenida en los Capítulos IX y X del Título IV del Libro I del Código Civil, que llevan por rúbrica, respectivamente, “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” y “De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio”, artículos 90 a 106. De no existir hijos/as comunes a cargo será de aplicación bien la normativa del CC precitada cuando se trate de parejas unidas por vínculo matrimonial, bien la normativa del CFA contenida en el Título VI del Libro II cuando se trate de parejas estables no casadas, o bien las normas del proceso declarativo de juicio ordinario cuando se trate de meras parejas de hecho.

2

Principios y derechos:

Dos son los derechos esenciales sobre los que se inspira la reforma y que a su vez le sirven de fundamento: el derecho de los hijos/as a mantener una relación, continuada, directa y equilibrada, con ambos progenitores y el derecho de éstos a la igualdad en sus relaciones familiares, es decir, igualdad de trato en el ejercicio de su au-

5

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 320/2011, de 12 de mayo de 2011, siendo Ponente la Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías, declara que la persona conviviente con la madre biológica del hijo de ésta nacido por inseminación artificial tiene la situación jurídica de allegado, reconociendo al menor el derecho a relacionarse con aquella.

6

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, núm. 8/2011, de 13 de julio de 2011, siendo ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Fernando Zubiri de Salinas, en su Fundamento Jurídico Noveno declara lo siguiente “ (...) La norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno-filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición. Aunque esta consideración no se recoge en los hechos invocados por las partes, se desprende del conjunto de los autos que se trata de aragoneses y que el menor, hijo de ambos, también lo es. Por tanto el litigio ha de resolverse conforme al derecho aragonés, al que remite, como norma de conflicto, el art. 16.1, en relación con el 9.1 y 4, del Código Civil”.

7

FORCADA MIRANDA, J. *El Derecho de familia del Código Civil Catalán –Ley 15/2010 de 29 de julio– y Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competencia y ley aplicable*, en A. PÉREZ MARTÍN et alii, *La nueva regulación del Derecho de familia*, Dykinson (2011) –Ponencia leída en los 18º Encuentros de la AEAFA, celebrado en Madrid, los días 11 y 12 de marzo de 2011–.

8

TENA PIAZUELO, I. “Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños ‘de primera’?”, *Aranzadi Civil-Mercantil* 2011, núm.1, p. 6.

9

BAYOD LÓPEZ, C. *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, pp. 21-22. Actualidad del Derecho en Aragón (diciembre 2011).

10

“El Derecho civil del Estado se aplicará como supletorio en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan”.

11

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 320/2011, de 12 de mayo, declara en su Fundamento Jurídico Quinto que “Las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños. Como se afirma en la doctrina más representativa, ‘el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad”.



12

Parágrafo que reproduce literalmente el contenido en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, sin más variación, que la sustitución al final del párrafo de la expresión “un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad”, por la de “un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos”.

13

Preámbulo II de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, derogada y refundida en el CFA.

14

MARTINEZ DE AGUIRRE, C. *La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar*, Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón (2011), p. 143.

15

Principio general “standum est chartae” proclamado en el artículo 3 del CFA y conforme al cual “Se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho Aragonés”.

toridad familiar, de modo que ambos participen activamente en la crianza y educación, en la toma de decisiones que afecten a los intereses de los niños/as menores. Derechos básicos, proclamados en el artículo 76.3 del CFA, que deben ser interpretados y aplicados atendiendo al prevalente y universal principio del superior interés de los/las menores¹¹. Y así lo expresa el parágrafo décimo del CFA cuando dice *“La Sección 3ª (arts. 75 a 84), que incorpora los preceptos de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores. La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos”*¹².

La afirmación del carácter prevalente del principio del interés superior del/la menor –que en Aragón “pudo ser enunciado sencillamente hace muchos siglos (en particular, por Jerónimo Portolés en el siglo XVI), como consecuencia de que en Aragón no se ha conocido la patria potestad¹³– como advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹⁴, “tiene particular importancia en relación con el principio de igualdad, de manera que la regla respecto a la forma de organizar las relaciones entre el hijo menor y sus progenitores es la igualdad de trato respecto de éstos, a menos que resulte acreditado que es más conveniente para el menor organizar esas relaciones de otra forma diferente: una manifestación legal de esta relación puede verse en el artículo 6.2, cuando dispone que la custodia compartida tendrá carácter preferente “salvo que la custodia individual sea más conveniente”, se sobreentiende que para el menor”.

3

Libertad de regulacion:

En la regulación de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los padres el legislador aragonés reconoce la conveniencia o idoneidad para los intereses del núcleo familiar escindido de fomentar y potenciar los acuerdos, en aras de hacer efectivo el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental, que continúa tras la ruptura en virtud del vínculo filial, y evitar la litigiosidad, a través de dos mecanismos, uno otorgando preferencia al denominado “pacto de relaciones familiares” (artículo 77 del CFA), que libre y voluntariamente suscriban aquellos, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés¹⁵, y otro a través del mecanismo de la mediación familiar (artículo 78 del CFA), al que podrán acudir con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales o a propuesta del órgano judicial, una vez presentada la correspondiente demanda, supeditando la eficacia de ambos acuerdos a la aprobación judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal.



III. DISYUNTIVA ENTRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA O EXCLUSIVA, EN DEFECTO DE ACUERDO DE LOS PROGENITORES: FACTORES LEGALES

Solicitada por uno sólo de los progenitores la custodia compartida, con la oposición del otro que pretende la custodia individual, el artículo 80.2 del CFA establece una lista de factores o criterios, enumerados de la letra a) a la f,) que deben ser valorados por la persona que juzga en orden a determinar el régimen de custodia compartida o individual, que en el caso concreto a resolver, sea más idóneo o conveniente para el beneficio e interés del/la menor, teniendo en cuenta además el plan de relaciones familiares que hayan presentado los progenitores litigantes en sus respectivos escritos de demanda, contestación y, en su caso, reconvencción.

Junto a estos factores legales revisten especial importancia los informes técnicos¹⁶ que el Juez puede recabar, de oficio o a instancia de parte, de “especialistas debidamente cualificados e independientes”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80.3 del CFA¹⁷, informes que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar, a los efectos de

tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor, con arreglo a las reglas de la sana crítica, ex artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La consignación expresa en el texto legal de un listado de circunstancias o parámetros que deben ser ponderados por el juzgador para fundamentar o motivar su decisión sobre la adopción de uno u otro régimen de guarda y custodia, constituye una novedad legislativa con respecto al Derecho civil estatal, dado que ninguna relación de criterios se inserta en el mismo, habiendo sido paliada dicha omisión por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo¹⁸.

En esta línea reseñar que en el “IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia” y “VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales” celebrados en Valencia, los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009, se aprobó, entre las conclusiones referidas a las medidas personales en relación con los hijos, la siguiente: «Octava. Constituyen presupuestos objetivos que favorezcan el establecimiento de un régimen de custodia conjunta o compartida los siguientes: a) Capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable. b)

16

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 578/2011, de 21 de julio, siendo Ponente la Excm. Sra. Magistrada D.^a Encarnación Roca Trías en el Fundamento Jurídico Tercero con cita a la STS 252/2011, de 7 abril, declara que “En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC (LA LEY 1/1889). En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009”, argumentación que debe ser aplicada al presente recurso”.

17

Precepto equivalente al 92.9 del Código Civil.

18

Así, la Sentencia núm. 623/2009, de 8 de octubre, siendo Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías, que es citada por las Sentencias núm. 94/2010, 10 de marzo, núm. 94/2010, de 11 de marzo, y núm. 252/2011, de 7 de abril, se declara que “A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (...), el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (...) Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (...)”.



19

La Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, aprobada por el Parlamento de Navarra, BON 28 de marzo de 2011, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en el Capítulo III intitulado “Medidas de aplicación en defecto de pacto de relaciones familiares” en su artículo 3.3 dispone que “El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores”, enumerando a continuación ocho factores, seis de ellos, a), c), d), e), f) y h), con una redacción equivalente al artículo 80.2 del CFA, y los numerales b) y g) del siguiente tenor literal: “b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas. g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado”.

La Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, DOCV de 5 de abril de 2011, en el artículo 5 párrafo 3º se enumeran ocho factores, que “la autoridad judicial tendrá en cuenta” “antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar”, de los factores consignados merece destacar como novedad la expresa referencia en la letra a) “los menores lactantes”, en cuyo caso “se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores” y en la letra d) “los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”.

El Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y la familia, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, del Parlamento de Cataluña, recoge en su artículo 233.11 los “Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda”.

20

MARTINEZ DE AGUIRRE, C. *La Ley 2/2010*, de 26 de mayo..., cit., p. 156.

21

GONZÁLEZ DEL POZO, JP. “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley custodia compartida de Aragón”, *La Ley* (2010), núm. 7537.

22

CASTILLA BAREA, M. “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, *Aranzadi Civil* núm. 7 (2010), pp.105 y ss.

Existencia de estilos educativos homogéneos. c) Concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquéllos. d) Proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de los progenitores».

Asimismo esta técnica de enumeración legal de criterios o factores ha sido también utilizada por los legisladores autonómicos que, con posterioridad a la normativa aragonesa, han regulado la institución de la guarda y custodia compartida como alternativa a la custodia individual, atendiendo al principio del interés superior de los hijos e hijas y al de igualdad de los progenitores, eludiendo así la aplicación excepcional y restrictiva del régimen del Derecho civil común¹⁹.

La generalidad con la que están redactados los factores dotan al sistema de flexibilidad, tal y como señala el Preámbulo en su apartado décimo cuando dice que “(...) establece un marco flexible para que el Juez pueda valorar todas las circunstancias que concurren en el caso concreto y decida el régimen de convivencia de cada progenitor en interés de unas adecuadas relaciones familiares”, otorgando así al Juez una amplia facultad discrecional para decidir cuál deba ser la solución adecuada en el caso particular, pudiendo optar por el régimen de custodia individual o por el de custodia compartida, en función del que considere más conveniente para el beneficio e interés de los/las menores.

Sin embargo, esta flexibilidad, como advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE²⁰, “provoca un alto grado de impredecibilidad de la resolución judicial, y por tanto puede ser factor pronóstico de mayor litigiosidad. En esta línea la combinación del carác-

ter abierto de la lista de factores a tener en cuenta, y de la falta de una concreción mínima del peso que cada uno de ellos ha de tener en la toma de decisiones, hace que su eficacia normativa sea limitada, y que en realidad sean más bien como una suerte de sugerencia que hace el legislador al Juez acerca de los factores en los que puede apoyar su decisión: pero si el Juez decide dar más importancia a unos que a otros, o recurrir a alguno no contemplado en la lista pero que le parece el más relevante en el caso concreto, puede hacerlo sin mayor problema”.

Por lo que se concluye que aún cuando el legislador aragonés ha configurado la custodia compartida frente a la individual como el régimen legal o preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia de los padres, ello no significa que aquélla opere de forma automática, como solución válida para todos los supuestos, si uno de los progenitores se opone solicitando para sí la custodia individual, sino que se impone la adecuada ponderación y justificación por el/la Juez de todas las circunstancias y necesidades concurrentes en cada caso, atendiendo a la lista de factores legales.

En esta sentido advierte GONZÁLEZ DEL POZO²¹ que “la preferencia legal por la custodia compartida es más nominal o teórica que real, ya que, si el Juez debe adoptar la custodia individual cuando la misma sea más conveniente para el interés y beneficio de los hijos, la preferencia por la custodia compartida no devendrá de ningún criterio legal de primacía o prioridad, sino de la mayor idoneidad o conveniencia de ese régimen de convivencia en el caso concreto planteado”.

En la misma línea CASTILLA BAREA²² señala que “La norma no establece la bondad de la custodia compartida en todo caso, ni tampoco un automatismo en su adopción, que suponga la necesidad de adoptarla siempre que esta petición pugne con una de custodia individual –como



podría haber hecho—, de manera que, a fin de cuentas, la pregonada convicción del legislador de que la custodia compartida es el régimen más idóneo para lograr el mayor bienestar de los hijos, así como su deseo de propiciar a través de la Ley un cambio de mentalidad en la sociedad respecto al régimen de guarda, no se traduce en una preferencia absoluta de este tipo de custodia”.

A

Factores legales:

A

La edad del hijo o hija.

La letra a) del artículo 80.2 del CFA consigna como primer factor legal dirigido al juzgador para formar su convicción “la edad de los hijos/as”. Este factor dada su indeterminación puede servir para fundamentar una decisión favorable tanto a la custodia compartida como a la individual, si bien puesto en relación con el artículo 79.5 último inciso del CFA, que preceptúa lo siguiente: *“En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”*, supone reconocer por el legislador aragonés la trascendencia del vínculo materno filial durante los primeros años de vida del niño/a, para su adecuado desarrollo integral y estabilidad física y personal.

En esta línea la Declaración de los Derechos del Niño/a, aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre de 1959 recuerda que *“salvo circunstancias excepcionales, no deberá apartarse al niño de corta edad de la madre”*²³, aunque frente a dicha normativa los contrarios a esta objeción invocan la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que, en su artículo 7, reconoce el derecho del niño/a a mantener relaciones personales y contacto directo con

ambos padres de modo regular, salvo que fuere contrario al interés superior del menor.

Este factor legal parece estar pensado para supuestos de niños/as de corta edad, en los que la conveniencia de acordar un régimen de custodia individual, al ser la excepción a la regla general, requerirá, no obstante, examinar el resto de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho a enjuiciar, evitando así el automatismo de atribución de la custodia en exclusiva a la madre que venía siendo una práctica habitual de nuestros Tribunales y, en todo caso, deberá el/la Juez, en caso de acordar la custodia en exclusiva a favor de la madre, fijar un plazo prudencial que permita, transcurrido el mismo, su revisión, a instancia de parte y a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas definitivas, al objeto de decidir *“sobre la conveniencia de un régimen de custodia compartida”*.

En esta línea cabe reseñar las siguientes Sentencias dictadas por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza que conciernen a los/as menores que se encuentran en la primera infancia:

Sentencia firme núm. 199/2011, de 12 de abril, que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, de fecha 30 de noviembre de 2011, que atribuyó la guarda y custodia del hijo/a común menor de edad, dieciocho meses, a la madre, atendiendo a diversos factores: plan de relaciones familiares, edad del hijo, disponibilidad laboral del progenitor demandante de la atribución de la custodia compartida –dificultad de conciliación con la vida familiar– e informe psicosocial²⁴.

Sentencia núm. 254/2011, de 10 de mayo de 2011, que confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, de fecha 27 de enero de 2011, en

23

Sentencia núm. 199/2011, de 12 de abril, Sec. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, cita expresamente dicha norma internacional en su Fundamento Jurídico Tercero cuando señala que *“(…) teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6,2 e) de la L.I.R.F., igualmente la edad de la menor (18 meses) es otro factor relevante (artículo 62, a), d) de la Ley) teniendo en cuenta este apartado la declaración de los derechos del niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20-11-1959 por la que se indica que salvo casos excepcionales no se debe separar a un niño/a de corta edad de su madre (…)”*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil, núm. 29/2008, de 31 de julio, que declara *“(…) su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad (al respecto, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre d 1959 recuerda que, “salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre”)*²⁵; Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, de 26 de noviembre de 2008, que revoca la custodia compartida acordada por un Juzgado de Córdoba, pues el menor tenía tres años y la Sala considera que esa edad es insuficiente para asegurar que un cambio mensual de status de vida con uno u otro progenitor no afecte al desarrollo de su personalidad y Sentencia de 1 de junio de 2009, que confirma la dictada en primera instancia denegatoria de la custodia compartida de una menor de dos años de edad peticionada por el padre, por entender que los desplazamientos semanales de un domicilio a otro y la continua adaptación a entornos cambiantes propiciarían el riesgo de desorientarla en los aspectos básicos de su vida.

24

“Fundamento Jurídico Tercero.— *En el presente supuesto debe tenerse en cuenta en primer lugar, que el plan de custodia compartida que propone el recurrente, reserva todos los fines de semana desde el jueves por la tarde al lunes por la mañana al mismo atribuyendo el resto de la semana a la demandada, lo que no puede aceptarse, pues vincula ocio-descanso y fin de semana a uno de los progenitores. Por otro lado y así lo razona adecuadamente el juzgador de instancia, la estancia del recurrente fuera de Zaragoza, de lunes a jueves, es obstáculo para la solicitud, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6,2 e) de la L.I.R.F., igualmente la edad de la menor (18 meses) es otro factor relevante (artículo 62, a), d) de la Ley) teniendo en cuenta este apartado la declaración de los derechos del niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20-11-1959 por la que se indica que salvo casos excepcionales no se debe separar a un niño/a de corta edad de su madre, igualmente el informe psicosocial obrante en autos (artículo 6.3 de la L.I.R.F.) se decanta claramente por la custodia a favor de la progenitora (…)* No procede fijar el plazo a que se refiere el artículo 5 nº 5 de a L.I.R.F. en este momento dado que la custodia individual no se fija únicamente atendiendo a la edad de la menor, en todo caso, la posibilidad de plantear la custodia compartida en su momento no antes de los tres años, será cuestión a valorar en su caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes”.

25

Fundamento Jurídico Tercero: *“En el presente supuesto se trata de un menor de cinco años. El informe psicosocial recomienda que la menor per-*

manezca con la madre durante los periodos lectivos salvo dos tardes a la semana con fines de semana alternos, vacaciones y festividades (...); igualmente señala el informe que la niña se encuentra especialmente unida a su madre quien representa para ella la figura que se ha venido encargando de absolutamente de su cuidado y atención cotidiana, por lo expuesto, en el presente supuesto se considera más conveniente para el interés o beneficio de la menor la custodia individual a favor de la progenitora (...).”

26

Fundamento Jurídico Tercero.— “En el presente supuesto la hija común tiene 3 años, el informe psicosocial recomienda que la misma permanezca viviendo con su madre, desestimando el plan propuesto por el progenitor de custodia compartida por semestres consistente en la permanencia de la niña en el domicilio familiar que no facilita que cada progenitor organice su vida pudiendo no ser beneficioso para la menor al surgir nuevos conflictos entre los progenitores derivados de compartir la vivienda. No obstante el Juzgador de instancia destaca, con acierto, otra serie de datos que deben tenerse en cuenta así se deduce de la documental obrante en autos (folios...) que el recurrido ha participado activamente en el cuidado de su hija en el transcurso de su enfermedad, que tiene un horario laboral compatible con el cuidado de aquella, siendo muy relevante que haya alquilado una vivienda en el lugar de residencia de la menor (...) para hacer lo más llevadera posible los periodos de estancia con su hija, descartándose la alternancia de residencia por los progenitores en el domicilio familiar que era según el informe pericial el único inconveniente para la denegación de la custodia compartida. Por otro lado que en el periodo de convivencia la madre se haya dedicado en una mayor proporción al cuidado de la niña no impide que en el nuevo periodo y por las connotaciones anteriormente expuestas fijar la custodia compartida como la más idónea en beneficio de la menor. Procede confirmar la sentencia en este apartado”.

27

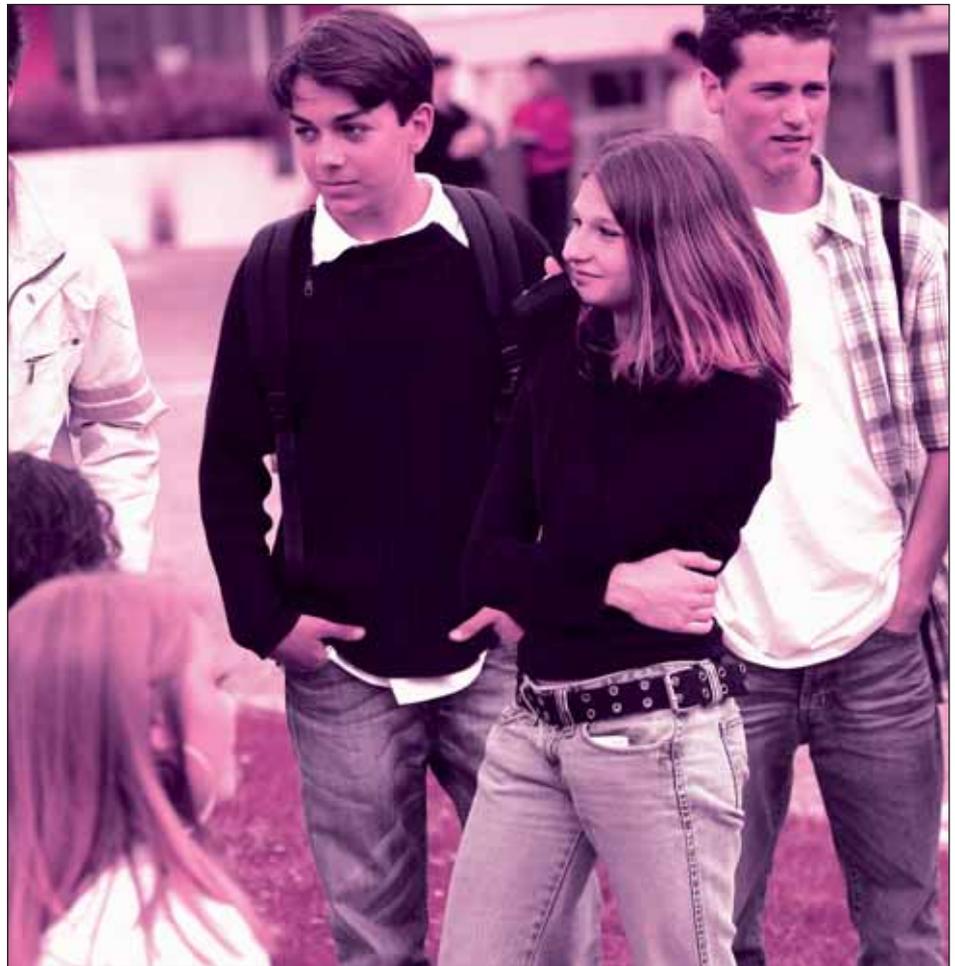
Fundamento Jurídico Tercero.— “En el presente supuesto se trata de un menor (...), de cinco años, la ruptura de la convivencia se produjo en noviembre de 2007 y desde entonces el niño ha permanecido bajo la custodia de la madre. El informe psico-social (...) indica expresamente (...) que lo más conveniente para el menor es poder establecer medidas que primen su estabilidad, siendo más beneficioso para su desarrollo psicoevolutivo y social, el poder continuar viviendo con el progenitor que principalmente se haya hecho cargo de atender sus cuidados y necesidades cotidianas. (...) igualmente la situación actual laboral del recurrente al disponer de mayor tiempo libre no se considera relevante al tener igualmente compatibilizada la jornada laboral la progenitora custodia, con la estancia con el menor contando con ayuda familiar a parte las posibles perspectivas laborales del demandante. Lo decisivo en el presente caso es la situación del menor ya consolidada y el informe pericial psicosocial del gabinete adscrito. (...)”.

procedimiento de divorcio contencioso, declarando no haber lugar a la solicitud paterna de custodia compartida del/la menor de cinco años de edad y alternancia en el uso del domicilio conyugal atendiendo al informe psicosocial que lo desaconseja y a la dinámica familiar anterior al cese de la convivencia conyugal²⁵.

Sentencia núm. 351/2011, de 21 de junio, que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 10 de febrero de 2011, y que atribuyó a los progenitores la custodia compartida de la hija común de tres años de edad, fijando un régimen de alternancia semestral de la convivencia con cada uno de ellos, atendiendo a los siguientes factores: dinámica familiar con posterioridad a la ruptura de la convivencia –implicación activa del padre en la atención y cuidado de la

menor–, disponibilidad laboral y proximidad de domicilios de los progenitores²⁶.

Sentencia núm. 370/2011, de 28 de junio, que confirmó, en el extremo aquí examinado, la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, de fecha 3 de marzo de 2011, en procedimiento de modificación de medidas acordadas en un pleito anterior, declarando no haber lugar a la solicitud paterna de custodia compartida del hijo/a común de cinco años de edad, al otorgar preferencia a la dinámica familiar con posterioridad a la ruptura de la convivencia –consolidando la situación fáctica preexistente– y al informe pericial psicosocial²⁷, y dando lugar a la ampliación del régimen de comunicación y estancias consistente en fines de semana alternos de viernes a lunes y dos días intersemanales, sin pernocta.





Sentencia núm. 434/2011, de 18 de julio, que confirmó, en lo que ahora interesa, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, de fecha 31 de enero de 2011, en procedimiento de divorcio contencioso, desestimando la solicitud paterna de custodia compartida de los dos hijos comunes de 3 y 5 años de edad, atendiendo a los informes periciales psicológicos que recomiendan que permanezcan bajo la guarda y custodia individual de la madre, la corta edad de los mismos y la actitud pasiva desarrollada por el padre, en lo referente a la atención y cuidado de los menores, durante la convivencia matrimonial²⁸.

Así mismo reseñar la primera resolución dictada sobre la materia que nos ocupa por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso de casación e infracción procesal nº 8/2011, Sentencia de fecha 13 de julio de 2011, siendo Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Fernando Zubiri de Salinas, estimatoria del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la Sentencia núm. 4/2011, de 11 de enero, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Teruel y, por ende, confirmatoria del fallo de la Sentencia de fecha 1 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Teruel, que atribuyó a la madre la guarda y custodia del menor próximo a cumplir los dos años de edad, atendiendo al factor legal relativo a la edad del niño y al informe pericial psicológico, reseñando, además, que en ausencia del plan de relaciones familiares no debe establecerse un régimen de custodia compartida²⁹.

B

El arraigo social y familiar de los hijos e hijas.

Este factor a ponderar para el establecimiento de la custodia compartida debe ser examinado de forma conjunta con el expresado en la letra e) del artículo 80. 2 del CFA dada la íntima relación existente entre ambos.

El arraigo social y familiar de los hijos e hijas está vinculado a los ámbitos o entornos en los que se desenvuelven en la vida cotidiana e interactúan con terceras personas, escolar, deportivo, lúdico y familiar, entre otros, de ahí la importancia de la proximidad de los domicilios de los progenitores en el supuesto de establecerse la custodia compartida para asegurar la estabilidad de los menores emocional y física.

C

*La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años*³⁰.

Este factor, que entraña per se una norma procesal aplicable tanto a los procesos contenciosos como consensuales, por aplicación respecto de estos últimos de lo dispuesto en el artículo 76 del CFA³¹, establece la obligatoriedad de dar audiencia a los/las menores si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 del CFA, en el artículo 8 del Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón³², por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo en relación con el artículo 13 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho civil común y en la ley procesal civil, tras la modificación operada en los artículos 92.2 y 6 del CC y del artículo 777.5 de la LEC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y del artículo 770, regla 4ª, párrafo 2 de la LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, en los procesos de familia de mutuo acuerdo y contenciosos la audiencia a los y las menores que tengan suficiente juicio y a los mayores de doce años no es imperativa, practicándose dicha diligencia cuando se estime necesario de oficio o a petición del Ministerio

28

Fundamento Jurídico Segundo declara que: "(...) en el informe emitido por el Gabinete Psicossocial (...) se dice que aunque de su discurso (referido al padre) y actitud general se desprende un interés por estar presente de forma estable y continuada en el desarrollo de sus hijos, durante los periodos de tiempo que compartió con ellos durante la convivencia familiar mantuvo una actitud pasiva y de escasa implicación y participación, delegando principalmente el cuidado y atención de sus hijos en su mujer y en su entorno familiar. Y en el mismo sentido se produce también el informe de la Psicóloga, (aportado por la demandada) que dice que en la prueba que mide la adecuación parental la madre obtiene mejores resultados, apreciándose una mayor disposición de apoyos externos afectivos y efectivos en el entorno materno que en el paterno y que aquella quien aparece con mejores habilidades para la crianza.

En suma, que siendo contraria la prueba aportada a la petición del actor recurrente, evaluada la misma a la luz del art. 80 del Código del Derecho Foral de Aragón, apartados a), b) y e) – vd en cuanto a la edad la reciente sentencia TSJA 13-7-2011– es la custodia individual a favor de la madre la medida que se revela más acertada para preservar el superior interés de los menores”.

29

Fundamento Jurídico Undécimo: "(...) En el caso que es objeto de enjuiciamiento, se trata de un menor que, al tiempo de interposición de la demanda, no contaba con dos años de edad. La única prueba de carácter pericial practicada en autos recomendaba razonablemente atribuir a la madre la guarda y custodia, con un régimen amplio de visitas con el padre que garantizase su permanencia como figura de referencia estable y continua. Y no se había aportado a los autos plan de convivencia, sino que la Audiencia Provincial remitía a los padres a establecerlo, a los efectos de la posible ampliación de los periodos de convivencia. Por ello, la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados.

Por una parte, porque en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige”.

Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor.

En esta misma línea la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional señala que *“la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 EDL 1996/13744) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC)”* (STC de 29 de junio de 2009, núm. 163/2009, BOE 181/2009, Pte: Gay Montalvo, Eugeni). Por consiguiente, podrá prescindirse de dicha audiencia cuando la opinión del/la menor ya sea conocida a través del informe pericial psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito al Juzgado³⁰, en base a las manifestaciones hechas por el menor a los peritos redactores del dictamen.

El criterio del juicio suficiente para dar audiencia al menor de doce años y contar con su opinión antes de la adopción de medidas que afecten al modo de relacionarse con ambos progenitores y familia extensa, custodia y régimen de comunicación y estancias, tras la ruptura de la convivencia de aquellos, enlaza con su capacidad de entender y de querer, con su desarrollo evolutivo, con su madurez y responsabilidad, lo que deberá ser apreciado en el caso concreto y cuando exista una necesidad real de conocer su testimonio que justifique su comparecencia en sede judicial. Sin embargo tal y como señala FORCADA MIRANDA, *“Si la Ley 15/2005, de 8 de julio, modificó el artículo 92 del Código Civil para evitar comparecencias obligatorias (de menores en dependencias judiciales), en Aragón se siguen validando tales comparecencias sin razón alguna que justifique su mantenimiento”*³¹.

Respecto del/la menor aragonés mayor de catorce años no incapacitado judicialmente existe una presunción

de capacidad y de aptitud de entender y querer para un acto concreto, mientras no se demuestre lo contrario, conforme preceptúa el artículo 34 del CFA *“de manera coherente con la ausencia de representación legal a partir de esta edad y la posibilidad de realizar por sí (con la necesaria asistencia según los casos), toda clase de actos y contratos”* como declara el Preámbulo en el párrafo 7. Consecuencia del reconocimiento de esta capacidad anticipada o ampliada el artículo 84 le reconoce legitimación para instar la adopción de medidas provisionales sobre las relaciones familiares.

La voluntad manifestada por el/la menor no es vinculante para el Juzgador, pero debe ser tomada en consideración, tras una adecuada ponderación del resto de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, máxime cuando se trate de mayores de catorce años. Así, la Sentencia núm. 332/2011, de 14 de junio, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. 2^a, revoca la dictada en primera instancia por el Juzgado núm. 6 de Zaragoza, de fecha 23 de febrero de 2011, en procedimiento de modificación de medidas definitivas de divorcio (Disposición Transitoria 1^a de la Ley 2/2010), otorgando la guarda y custodia compartida del hijo común de casi 11 años de edad a ambos progenitores, atendiendo a la voluntad expresada por el menor de convivir con ambos, a la proximidad de domicilios, a la dinámica familiar con posterioridad a la cesación de la convivencia de los progenitores, aptitud y voluntad de éstos para asegurar la estabilidad del menor y disponibilidad laboral del padre, aunque el informe psicosocial aconseja la custodia individual a favor de la madre *“únicamente por la posible existencia del conflicto entre las partes y su mala relación”*³², y la Sentencia núm. 333/2011, de 14 de junio, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. 2^a, revoca la dictada en primera instancia por el Juzgado núm. 6 de Zaragoza, de fecha 27 de enero de 2011, en procedimiento de divorcio

30

El derecho del menor a ser oído figura reconocido en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y el artículo 41.2 c) del Reglamento de Bruselas II.

31

Derecho del menor a ser oído. En cualquier caso, antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de catorce años.

32

Trámite de audiencia. En los procedimientos de declaración de la situación de riesgo o desamparo, así como para la aplicación, modificación o cese de las medidas de protección, se dará audiencia previa al menor si tuviese doce años cumplidos o suficiente juicio.

33

IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia y VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, celebradas en Valencia, los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009, medida décima, de las medidas personales en relación con los hijos.

34

FORCADA MIRANDA, FJ. *“Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres...”*, cit., p. 39.

35

Fundamento de Derecho Tercero: *“(…) No obstante, debe indicarse que no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de la ruptura, más también lo es, que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, deberá en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad u hostilidad para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor puede conllevar en su caso, la implantación de la custodia compartida. En el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida, únicamente por este motivo, procede en conclusión estimar el recurso del actor en este apartado”*.



contencioso, otorgando la guarda y custodia de las dos hijas comunes menores de edad, de 10 y 6 años, a la madre, atendiendo al informe psicosocial emitido por el Gabinete adscrito al Juzgado, al informe pericial de parte y al resultado de la exploración de la menor de 10 años, respecto de ésta el Fundamento Jurídico Tercero, último párrafo, señala que “(...) se trata de una niña madura, reflexiva y sensible con una empatía hacia la figura materna, mostrando una clara preferencia a la estancia con su madre que ha sido la figura de especial referencia en su vida, la opinión de la menor es un dato a tener en cuenta como así viene establecido en la norma aragonesa (Arts. 6, 76.4 y 80.2 c del Código del Derecho Foral de Aragón) obviamente, no se trata de acceder sin más trámite a la conveniencia de la menor, sino de conjugar de manera adecuada, su opinión con el resto de datos relevantes que conflu-

yen en el litigio en este caso las pruebas periciales obrantes, es por ello que en el presente supuesto se hace evidente que la custodia individual es más beneficiosa para las menores que la compartida (...)”.

D

La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos e hijas.

Se incluye en este factor circunstancias de índole subjetivo, pertenecientes al fuero interno de los padres, y, por ende, constituyen meras expectativas o previsiones de futuro sobre la actitud de aquellos tendente a procurar un entorno estable y adecuado a sus hijos/as, evidenciada en el vocablo “voluntad”.

La denominada “aptitud” de los progenitores alude al presupuesto de la capacidad o idoneidad de los progenitores para el ejercicio de la



36

Fundamento Jurídico Quinto: “La custodia compartida por parte de los progenitores es, por tanto, el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor. Por ello el apartado d) del precepto citado pone de relieve, como uno de los elementos a valorar, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. Y el legislador cuida de establecer que el Juez podrá recabar los informes necesarios para adoptar la decisión más justa, atendiendo el interés superior del menor, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores. Es claro que ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio. Pero en el caso de autos la prueba practicada, según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que ‘el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor’; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuir la a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación. (...) Es de notar que, dada la joven edad de la menor, en este caso no son de aplicación otros de los factores considerados por el legislador aragonés, especialmente en el apartado c) del precepto de referencia”.

37

Fundamento Jurídico Segundo declara que “(...) En el caso que nos ocupa, el padre ha adquirido un piso muy cercano al domicilio familiar, donde reside el menor con la madre, viviendo, transitoriamente, hasta su rehabilitación, en el de sus padres, muy próximo también al anterior, lo que facilita la continuidad y asiduidad en las relaciones con su hijo. Como bien señala el Juzgador de instancia, la dedicación laboral del padre, Director comercial de una empresa, no permite vislumbrar una disponibilidad semejante a la de la madre para la atención cotidiana del niño, máxime si se tiene en cuenta los periódicos viajes anuales, preferentemente al extranjero, que realiza para la empresa para la que trabaja y su horario laboral aleatorio que le ocupa incluso fines de semana. En estas condiciones delegar el cuidado del hijo en los abuelos paternos, aún tratándose de períodos cortos de tiempo, no se revela como la mejor alternativa para el menor, de manera que la guarda y custodia compartida propuesta no se estima la más conveniente, en este caso, atendiendo al prioritario interés del hijo, cuya dinámica habitual de vida no debe verse alterada innecesariamente, dado que existe, por otro lado, un amplio sistema de visitas a disfrutar con el padre”.

38

Fundamento Jurídico Cuarto: “En el presente supuesto los hechos probados recogidos en el antecedente tercero de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (fechas de matrimonio y nacimiento del hijo, ingresos de los padres y circunstancias escolares y de actividades del hijo) no contienen datos relevantes que puedan orientar a la atribución de un régimen de custodia u otro.



Tan sólo en el fundamento segundo que ha sido transcrito hace el juzgador una apreciación personal al decir – entiendo que la propuesta del padre no es la mejor alternativa-, y mediante simple contraste de los datos laborales de los progenitores (...), deduce que en tal situación el hijo “no estaría directa y principalmente atendido por el padre, que es de lo que se trata”. No hay en estas apreciaciones valoración de prueba sobre la aptitud y capacidad de los padres, sino estimación de futuro sobre su disponibilidad de tiempo, que no es, propiamente, ninguno de los factores señalados en el artículo 80.2 CDEFA en orden a la atribución de un régimen de custodia u otro, salvo su encaje en el apartado e) relativo a las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. (...)”

Fundamento Jurídico Quinto: *“En las sentencias de esta Sala antes reseñadas (de 13 de julio y 30 de septiembre de 2011), partiendo de un dato relevante como era la escasa edad de los niños (en torno a los dos años), la custodia individual había sido atribuida en atención a informes periciales (...). En el presente caso ninguna prueba ha sido practicada que acredite en el padre una falta de aptitud (...)”.*

39

Fundamento Jurídico Cuarto: *“(…) La sentencia de la Audiencia afirma que “no se ha demostrado en el proceso una ocupación principal y directa por el padre en el cuidado y atención cotidianos del hijo desde su nacimiento. Sus necesidades ordinarias y diarias han sido satisfechas directamente por la madre, dado que su trabajo le permite mayor disponibilidad al dejarle todas las tardes libres. La ocupación laboral del padre ha sido su principal dedicación durante el matrimonio”. Nuevamente la disponibilidad del tiempo, en función de la dedicación laboral, se erige en criterio determinante para la atribución de la custodia individual, pero sin una valoración de prueba que pueda acreditar si el régimen de atención seguido durante el matrimonio ha sido perjudicial para el hijo, sino una mera constatación del tiempo disponible en función de las ocupaciones laborales, que lleva nuevamente en esta sentencia a un juicio de probabilidad no asentado en pruebas (...). Parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia. Así, incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese periodo, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro. Sólo la ausencia de atención que derive en prejuicio para el hijo debe hacer decaer la custodia compartida”.*

guarda y custodia, esto es, sus habilidades para satisfacer las necesidades ordinarias y diarias de los menores, y para cuya acreditación revestirá especial importancia los informes periciales técnicos y cuya práctica, por profesionales adscritos al Juzgado, puede acordar el/la Juez de oficio, conforme dispone el artículo 80.3 del CFA.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia núm. 10/2011, de 30 de septiembre, siendo Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Fernando Zubiri de Salinas, desestimó el recurso de casación número 13/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 29 de marzo de 2011, que confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010, y que atribuyó la guarda y custodia de la hija común de dos años de edad a la madre y estableció un amplio régimen de visitas a favor del padre, fines de semana alternos y dos días entre semana, sin pernocta, así como la mitad de los períodos escolares de vacaciones, atendiendo a la falta de aptitud del padre en lo concerniente al cuidado y atención de la hija común menor de edad, evidenciada en la dinámica familiar anterior a la ruptura de la convivencia matrimonial, al haber delegado aquél en terceras personas dichas funciones, y al informe pericial psicossocial que desaconsejaba la implantación del régimen de custodia compartida³⁶.

E

Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

Habrà de ponderarse la situación, distancia geográfica entre los domicilios de los progenitores, el horario laboral de éstos, el horario escolar de los y las menores, actividades deportivas, extra escolares, en general, se trata de determinar el tiempo disponible de los progenitores para aten-

der al cuidado diario y educación del menor, de compatibilizar el desempeño de sus roles como progenitores con su respectivo desarrollo personal, social y profesional en aras de materializar o hacer efectiva el principio de igualdad de ambos y el libre desarrollo de su personalidad.

La Sentencia núm. 179/2011, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. 2ª, de 29 de marzo de 2011, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 11 de octubre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de esta ciudad, en procedimiento de divorcio contencioso, que atribuyó la guarda y custodia del hijo común menor de edad, nueve años, a la madre, atendiendo a la dedicación laboral del padre, aleatoriedad del horario y salidas al extranjero, pese a la concurrencia del factor de proximidad de domicilios de los progenitores³⁷.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en Sentencia núm. 13/2011, de 15 de diciembre, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra, estimó el recurso de casación número 17/2011 interpuesto contra la precitada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, casando y anulando la misma, al apreciar el primer motivo del recurso fundado en infracción del artículo 80.2 del CFA, a saber, incorrecta aplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida, basándose en los siguientes criterios: ausencia de prueba pericial demostrativa de la falta de aptitud y capacidad del padre para satisfacer las necesidades ordinarias y diarias del menor³⁸; dinámica familiar durante la convivencia matrimonial, pero interpretado a la inversa, es decir, la menor disponibilidad de tiempo dedicado al hijo por el padre debido a su actividad laboral no significa incapacidad para ejercer la custodia en el futuro³⁹, en defecto de prueba; y en el factor relativo a la proximidad de domicilios de los progenitores.



Por consiguiente, dicta sentencia en cuanto al fondo adoptando el régimen de guarda y custodia compartida del hijo común entre los progenitores.

F *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

Bajo este epígrafe tendrá cabida cualquier otra circunstancia distinta de las enumeradas en los apartados anteriores que se considere relevante o decisiva en orden a justificar o fundamentar el régimen de convivencia que en el caso concreto se estime como más idóneo o conveniente para el interés del menor. Ello permite afirmar que la lista de factores legales constituye una cláusula abierta.

Como tales, podrían incluirse, entre otros, la dinámica familiar existente con anterioridad a la ruptura o cese de la convivencia de los progenitores en la atención y cuidado de los menores para garantizar su continuidad, máxime cuando el artículo 68 del CC impone a los cónyuges el deber –incoercible– de compartir esa función para hacer efectivo el principio de plena igualdad jurídica de los derechos y deberes de los cónyuges, consagrado en el artículo 32 de la CE; circunstancia ésta, sin embargo, que como advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE *“debe ser atemperada en algunos casos, cuando la menor dedicación a sus hijos de uno de los miembros de la pareja (más habitualmente el varón) se debe a una mayor dedicación a la obtención de recursos económicos con que hacer frente a las necesidades familiares, por su mayor capacidad para hacerlo (...) respondiendo ello a un acuerdo entre los convivientes en tal sentido (...)”*⁴⁰.

Así como los acuerdos y convenios que pudieran existir entre los padres a raíz del cese de la convivencia y durante la sustanciación del proceso judicial.

Finalmente, otra circunstancia más a tener en cuenta por el órgano judicial al resolver sobre el régimen de guarda y custodia es la establecida en el artículo 80. 5 del CFA que establece que *“Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos”*.

Se proclama así un principio general “el de no separar a los/as hermanos”, frente a la regla contenida en el Código Civil en el artículo 92. 5, y una excepción, que permitirá adoptar una solución contraria a dicho principio cuando concurren circunstancias excepcionales que así lo justifiquen.

En esta línea reseñar la Sentencia núm. 127/2011, de 8 de marzo, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. 2^a, que confirmó, en lo que ahora interesa, la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado núm. 5 de esta ciudad, en procedimiento de modificación de medidas definitivas, que concedió la custodia de una de las hijas de trece años de edad al padre y la custodia de la otra hija de dieciséis años a la madre, al otorgar una relevancia decisiva a la voluntad de las menores expresada en la exploración judicial⁴¹.

IV. CONCLUSIONES

El reconocimiento legal expreso en la normativa aragonesa de la institución de la custodia compartida como régimen preferente, como regla general, frente a la custodia individual, que constituye la excepción, no significa que aquella opere de forma automática si uno de los progenitores se opone, peticionando para sí la custodia exclusiva o individual, sino que se impone al Juez la tarea de optar entre uno u otro régimen, otorgándole una amplia facultad discrecional a la hora de ponderar las circunstancias concurrentes en el núcleo familiar escindido, los llamados “factores legales”.

En el ejercicio de dicha actividad valorativa el único límite al que está sometido el/la Juez, dada la flexibilidad e indeterminación de los factores legales y como muestra la jurisprudencia aragonesa analizada en este artículo, es preservar el superior interés de los hijos/as menores, la mejor realización de su beneficio, pues al margen de los intereses o motivaciones de los progenitores, de índole personal y/o económico, no puede obviarse que aquellos son los principales protagonistas, los directamente afectados por la decisión que se adopte.

40

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ...”, cit., p. 161.

41

“FUNDAMENTO JURIDICO CUARTO.– (...) La propia Ley 2/2010, establece como derecho y principio básico en toda ruptura de relación familiar la necesidad de oír en todo caso al mayor de 12 años, por lo expuesto debe considerarse que no se perjudica el interés de las menores en este caso con la decisión del juzgador de instancia, teniendo en cuenta la edad de las hermanas y las circunstancias familiares que no harán dificultoso el contacto entre ellas más allá del período de visitas a parte de respetar su voluntad libremente expresada, de indudable transcendencia como ya se ha indicado (...)”.

V. BIBLIOGRAFÍA

BAYOD LÓPEZ, C. Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia. *Actualidad del Derecho en Aragón* (diciembre de 2011).

CASTILLA BAREA, M. “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, *Aranzadi Civil* núm. 7 (2010), pp. 105 y ss.

FORCADA MIRANDA, FJ. *La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores*, Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón. Zaragoza (2011), pp. 177-215.

FORCADA MIRANDA, FJ. *El Derecho de familia del Código Civil catalán –Ley 15/2010, de 29 de julio– y Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competencia y ley aplicable*, en PERÉZ MARTÍN, A. ET ALII, *La nueva regulación del Derecho de familia*, Dykinson (2011) –Ponencia leída en los 18º Encuentros de la AEAFA, celebrado en Madrid, los días 11 y 12 de marzo de 2011–.

GONZÁLEZ DEL POZO, JP. “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *La Ley* (2010), núm. 7529, pp. 21-22.

GONZÁLEZ DEL POZO, JP. “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *La Ley* (2010), núm. 7537.

LATHROP GÓMEZ, F. “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *La Ley* (2009), núm. 7206.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La Mediación familiar*, Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón Zaragoza (2011), pp. 133-176.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “La ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial”, *Actualidad del Derecho en Aragón* (octubre 2010), pp. 18 y 19.

TENA PIAZUELO, I, “Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños “de primera”?, *Aranzadi Civil* (2011), núm. 1.



Un paso más hacia la conciliación familiar en la nueva regulación laboral del personal al servicio del hogar

POR MARÍA GERMANA APARICIO RUIZ.

Asesoría jurídica en Granada y doctoranda en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.



RESUMEN

El nuevo régimen del servicio del hogar familiar ha supuesto, después de 25 años de una normativa precaria, un primer avance en garantías y derechos para el/la trabajador/a, dando paso a una contratación más segura, mejor informada y que supone una mejora en relación a la mujer, a la conciliación de familia y trabajo, también en los momentos de crisis que estamos atravesando.

Bien es cierto que la especialidad de la relación hace que sea una regulación que conjugue el mantenimiento de las diferencias donde tienen su justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de las mismas cuando sea posible su equiparación progresiva a la relación laboral común. En este contexto, se pretende hacer un análisis de la especialidad de la relación laboral, destacando las novedades reguladas por el RD 1620/2011, tendentes a la conciliación con la vida familiar.

Palabras clave: Trabajadores y trabajadoras servicio doméstico, nueva regulación en España RD 16120/2011.

ABSTRACT

The new regime of the service of the familiar home in Spain has supposed, after 25 years of a precarious regulation, the first advance in guarantees and rights for the worker, giving to a surer, better informed contracting and that supposes an improvement in relation to the woman, to the conciliation of family and work, also in these moments of economic crisis that we are crossing. Well it is true that the speciality of the relation brings the maintenance of the differences where they have reasonable justification, with the reduction or elimination of the same ones when the progressive comparison is possible to the labor common relation. In this context, this article tries to do an analysis of the speciality of the labor relation -service of the familiar home-, emphasizing the innovations of RD 1620/2011, tending to the conciliation with the familiar life.

Keywords: Workers in home private services, new regulation in Spain RD 16120/2011.

I. INTRODUCCIÓN

Amparado en el art. 2.1 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) en el que se considera la relación laboral de carácter especial del personal al servicio del hogar familiar, se ha mantenido vigente durante 26 años la regulación del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto¹. Bien es cierto que junto con la conservación de las singularidades propias de esta relación laboral especial, se ha hecho necesaria una revisión de esta normativa para renovar y modernizar diversas instituciones jurídicas fruto de los cambios sociales y la evolución de las costumbres². Lo cual se ha llevado a cabo por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar que ha tenido por principal finalidad la “dignificación” de las condiciones de los trabajadores domésticos, aunque sería más exacto hablar de trabajadoras, tal como aparece en la Exposición de motivos³ y, de manera indirecta, en la Disposición adicional segunda⁴.

El RD 1620/2011 contiene por tanto, una regulación que procura conjugar el mantenimiento de las diferencias donde tienen su justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de las mismas cuando

no tengan razón de ser y sea posible su equiparación progresiva a la relación laboral común.

Será la Ley 27/2011 la con efectos de 1 de enero de 2012. Si bien, el RD 1620/2011, en la Disposición Transitoria primera, fija la aplicabilidad de la nueva regulación a las relaciones laborales vigentes a la fecha de entrada en vigor de la norma –su publicación en el BOE el 17 de noviembre de 2011– para dotar de máxima efectividad e inmediatez a la reforma, a excepción de la cuantía de la indemnización por desistimiento, que solamente se aplicará a los contratos que se concierten tras la entrada en vigor del RD.

La nueva regulación va de la mano de los cambios operados a nivel internacional con el Convenio núm. 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos y la Recomendación núm. 201⁵. Este cambio jurídico también está unido al que se ha obrado en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados del hogar, fruto de los diferentes Acuerdos sociales pro-

1

RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar (BOE, 13 de agosto, núm. 193, p. 25617).

2

RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE del 17 de noviembre, núm. 277). Exposición de motivos.

3

RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE del 17 de noviembre, núm. 277). Exposición de motivos: “los datos disponibles muestran una distribución que incluye mayoritariamente a mujeres en porcentajes próximos al 94%, y el 6% restante, a hombres”.

4

Una referencia a la importante presencia femenina en este sector de actividad se encuentra recogida, de manera indirecta, en la DA 2ª ya que la evaluación de la norma a que queda obligado el gobierno deberá incluir, conforme a lo previsto en el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, “la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogidas de datos que se realicen”.

5

(<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>). El Convenio define qué debe entenderse por trabajo doméstico y trabajador doméstico, tratándose en el primer caso del trabajo realizado en un hogar u hogares, o para los mismos, y el segundo a toda persona, “de género femenino o masculino” que realiza un trabajo doméstico “en el marco de una relación de trabajo”. La norma se aplicará con carácter general a todos los trabajadores, si bien se autoriza al Estado que la ratifique a excluir a algunas categorías de trabajadores para las que “esté previsto otro tipo de protección social por lo menos equivalente”, o respecto de las que “se planteen problemas especiales de carácter sustantivo”. El Convenio recoge gran parte de los derechos establecidos en otros Convenios de la OIT y los aplica ahora a los trabajadores domésticos.



ducidos en vistas a la simplificación e integración de regímenes.⁶ Aunque la regulación no sea aquí materia de nuestro estudio, hay que destacar que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social de los Empleados del Hogar en el Régimen General es la que habilita al Gobierno a modificar la regulación de la relación laboral de los empleados de hogar.⁷ También en materia de Seguridad Social, hay que tener presente el RD 1596/2011, de 4 de noviembre, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar.⁸

La nueva regulación es un paso adelante en la relación laboral que estamos tratando y, en particular, cabe destacar los avances que se han dado en las siguientes materias:

En primer lugar, con la nueva normativa se han logrado mejorías en materia de género ya que los empleados de hogar son un público mayoritariamente femenino⁹ que estaba muy desprotegido con la regulación precedente. El nuevo RD acoge referencias explícitas a la ausencia de discriminación en el acceso al empleo (art. 4.2 RD 1620/2011), conforme ya señalan la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que tratan de favorecer la igualdad, también a la hora de hacer una evaluación de impacto sobre el empleo y las condiciones de trabajo (DA 2^a, 1). Además, es un sector profesional que también acoge a un amplio porcentaje de personas extranjeras que se encontraban en un estado de precariedad y de ocultismo en muchas ocasiones. La nueva normativa favorece salir de esta situación, evitando cualquier discriminación por motivos de origen y garantizando la aplicación de la normativa general vigente de extranjería,¹⁰ como así se determina en las fuentes reguladoras de la relación laboral (art. 3, b) RD 1620/2011).

Otro de los avances de gran calado es el referente a la conciliación ya que, respecto a los empleados del hogar, se fijará el horario de trabajo de común acuerdo entre las partes, y se amplía el descanso entre jornadas; igualmente, se aplica la regulación de art. 37.3 ET respecto al disfrute de los permisos que le garantizan una mejor compatibilidad de su vida profesional, familiar y personal, como es el disfrute de permisos por matrimonio, nacimiento del hijo/a, lactancia de un hijo o hija menor, fallecimiento, accidente o enfermedad, traslado de domicilio, etc.

La conciliación de la familia y el trabajo que permite la relación laboral de los empleados del hogar recobra mayor actualidad en los momentos de crisis que estamos atravesando, en donde se hace necesario mayor dedicación al trabajo o tiempo a la búsqueda del mismo para poder sacar adelante la familia. De esta manera, se hace más necesaria cubrir las necesidades del hogar, con terceras personas. La posibilidad de que los empleados de hogar coticen por horas como permite la DA 39^a, 3, a) de la nueva Ley 27/2011, facilita a la familia su contratación y favorece también al empleado su realización de manera segura. Por tanto, en tiempo de crisis sigue siendo necesaria y abierta la conciliación familiar, así como el acceso de la mujer al trabajo y mercado laboral.

Una manifestación de la importancia de la conciliación en este ámbito son las ayudas autonómicas que favorecen la contratación de terceras personas. Algunos ejemplos los encontramos en el Decreto 136/2005 de 7 de junio de Extremadura de ayuda al Plan Integral de Empleo¹¹ que desarrolla diversas fórmulas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, entre ellas, la concesión de subvenciones para la contratación de empleados de hogar; las convocatorias de conciliación reguladas en el País Vasco por Orden de 30 de junio de 2010¹² para el cuidado de hijos y/o hijas menores; las actuaciones propiciadas en Teruel¹³ para la conciliación de familia y trabajo, así como las deducciones fiscales, en el caso de Galicia, por cuidado de hijos/as de tres o

6

El Pacto de Toledo, celebrado en abril de 1995, recomendó la simplificación e integración de regímenes. De los diversos Acuerdos sociales posteriores, cabe señalar el Acuerdo de medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, en donde se prevé en el apartado V, la elaboración de un estudio de la regulación de la relación laboral de carácter especial, con el fin de proponer una adecuada a la realidad actual, así como el establecimiento de medidas paulatinas de convergencia del Régimen Especial de Empleados de Hogar con el Régimen General.

7

Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social de los Empleados del Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. Disposición Adicional Trigésima novena, 5: *“El Gobierno procederá a modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012”*.

8

Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar (BOE núm. 290 de 2 de diciembre de 2011).

9

Los datos disponibles muestran una distribución que incluye mayoritariamente a mujeres en porcentajes próximos al 94%, y el 6% restante, a hombres (cfr. www.ine.es y Exposición de motivos RD 1620/2011).

10

En esta situación hay que distinguir los nacionales de países pertenecientes a la Unión Europea y el resto de países. Así pues, respecto a los ciudadanos de la UE hay que atenerse a lo regulado por Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Caso particular es el de los ciudadanos de Bulgaria y Rumanía.

En cuanto a los nacionales del resto de países, el régimen actual está regulado en Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de los artículos 31 bis y 59 bis en relación a mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que estén en situación de irregularidad. (LOEx) y en el Real Decreto 557/2011 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que desarrolla esta norma (RDEx).



11

Modificado por Decreto 167/2008, de 1 de agosto (Diario Oficial de Extremadura de 7 de agosto, n. 153, p. 21845 y ss) en que se amplían algunas medidas en esta línea.

12

ORDEN de 30 de junio de 2010, de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, por la que se aprueban las cuantías de las ayudas y las instancias normalizadas de solicitud previstas en el Decreto 177/2010, de 29 de junio, sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

13

<http://www.derecho.com/legislacion/bop-teruel/10/01/2011>

14

http://www.elderecho.com/contable/Deducciones-autonomicas-IRPF_11_273430001.html

15

La regulación tiene encaje en la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 80/987/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que permite excluir “al personal doméstico al servicio de una persona física” de la protección salarial debida en un supuesto de insolvencia del empleador. Sin embargo, dista de la propuesta contenida en la Recomendación número 201 de la OIT.

16

RAMÍREZ MACHADO, JM. *Domestic work, conditions of work and employment: a legal perspective*. Ginebra, OIT (2003). pp. 8-9.

17

OJEDA AVILÉS, A. “Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria”. *Relaciones Laborales* (1990), I, p. 224.

18

CARDENAL CARRO, M. “A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta”. *Aranzadi Social* (2000), V, p. 156-157.

19

Del art. 1. RD de 1985 cabía concluir que las prestaciones de servicios domésticos eran las efectuadas a favor de una familia en sentido propio y las realizadas a favor de una sola persona o de una pluralidad de personas convivientes, siempre que no constituyeran una persona jurídica.

menos años de edad por una empleada de hogar que esté dada de alta en el régimen especial o en guardería, si ambos padres trabajan, hasta un límite de ingresos. De modo similar se regula en la Comunidad Valenciana¹⁴. Estas y otras medidas son una prueba evidente de la necesidad del cuidado del hogar, también con la contratación de personas en este servicio.

Las fuentes reguladoras son otro avance importante del RD 1620/2011 por la remisión a la normativa laboral común que se aplica de manera supletoria, también en relación a los derechos de los trabajadores domésticos, lo que no cabe duda de interpretación ante la aplicación de derechos que anteriormente no tenían una remisión expresa para los empleados del hogar. Aun así hay que contar con una limitación genérica –las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación– y la inaplicación del art. 33 ET respecto al Fondo de Garantía Salarial¹⁵.

II. LA ESPECIALIDAD DEL TIPO CONTRACTUAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Al observar la regulación laboral del trabajo doméstico a nivel internacional¹⁶, se advierte que, de 60 países de diversas geografías, en torno a 1/3 ha promulgado leyes o regulaciones específicas para el empleo doméstico y 1/3 ha dedicado un capítulo específico en sus códigos generales de trabajo, al empleo doméstico. Los países europeos se encuentran dentro de estos dos supuestos quedando de manifiesto que existe una amplia concienciación de la especialidad de esta relación.

Precisamente en el caso de la relación del servicio del hogar familiar en nuestro ámbito, si partimos de las notas jurídicas reguladas en el supuesto de hecho del RD 1620/2011 nos encontramos rasgos comunes al tipo general del contrato y otros específicos que determinan la singularidad del mismo. Se pueden destacar principalmente tres: el lugar de prestación de los servicios: el hogar familiar; el/la empleador doméstico: el titular del

hogar familiar; el objeto del contrato: los servicios domésticos. Estos rasgos se enuncian ya en la Exposición de motivos así como en el art. 1.2 del RD 1620/2011. Dentro de las singularidades, nos centraremos en el lugar de la prestación, por las características también especiales que en el hogar se desarrollan: la mutua confianza y la intimidad.

II.1

El hogar familiar como lugar de prestación de servicios.

Con carácter general, algunos autores radican la atipicidad de las relaciones laborales especiales en el lugar de desarrollo de la prestación, por realizarse en espacios distintos al del establecimiento empresarial y bajo una organización y dirección inhabituales¹⁷, así se destaca en el personal no funcionario al servicio de establecimientos militares, de los representantes de comercio, de los penados en instituciones penitenciarias, del servicio del hogar familiar, etc. Si el lugar de prestación de servicios es un elemento específico, también conviene tener en cuenta que un principio locativo no puede ser el/la informador/a y fundamento de todas las relaciones laborales especiales¹⁸.

En nuestro caso, el hecho de que la prestación de servicios se realice en un lugar coincidente con aquel en que se desenvuelve buena parte de la vida privada de las personas y distinto a un puesto donde se ejercitan actividades de mercado es un fuerte rasgo caracterizador, específico del contrato de servicio doméstico. Este rasgo está recogido en el art. 1.2 RD 1620/2011 “...en el ámbito del hogar familiar” y ampliado en el art. 1.3 cuando se cita al titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Con lo cual, el RD 1620/2011 amplía el concepto de hogar familiar, incluyendo las prestaciones de servicios domésticos realizadas para dos o más personas, sin constituir una familia ni una persona jurídica¹⁹. Por lo que cabe destacar dos ideas:



A

en primer término, que el hogar familiar queda más desfigurado que anteriormente ya que basta que el servicio se realice para un mínimo de dos personas aunque no sean familia. Aun así, esta ampliación de hogar pone de manifiesto que cualquier persona necesita la atención de unos servicios básicos, si bien, el ámbito familiar es quien más puede necesitar esta atención por los vínculos que se establecen;

B

por otra parte, también cabe advertir que la nueva regulación podría haberse planteado la conveniencia de excluir las actividades domésticas realizadas a favor de una pluralidad de personas convivientes que no sean una familia, aunque aparezca como empleador/a uno de los componentes del grupo, cuando los servicios se presten para todos ellos²⁰, por los problemas de cotitularidad y responsabilidad que surgen en todos ellos, así como en la sociedad de gananciales y de uniones de hecho²¹.

Lo cierto es que la designación del lugar de prestación de servicios con los términos “hogar familiar”, determina la integración en el tipo especial. Concretamente el significado otorgado por la OIT a “hogar familiar” y “domicilio o lugar de residencia” se refiere al “hogar privado”²². Debiendo entenderse por tal, el lugar donde se satisfacen las necesidades vitales, materiales de las personas que en ella vivan (habitación, alimentación, descanso, cuidado corporal...), así como al desarrollo de buena parte de la vida privada, de manera tal que el servicio doméstico prestado vaya dirigido a afectar directamente al hogar familiar y sus miembros²³. Siendo estas dos vertientes las que ponen de manifiesto la importancia del hogar para el desarrollo de la persona y la necesidad de realizar este trabajo en un marco de mayor protección jurídica.

Tomando como base la propia Exposición de motivos del RD 1620/2011, una de las condiciones particulares de

las personas que trabajan en el servicio doméstico es “el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales”²⁴. Por tanto una de las especialidades de la relación se basa precisamente en el lugar donde se desarrolla el trabajo, el hogar familiar. Este lugar de trabajo (hogar familiar) permite una relación más intensa de la que se originarán dos expresiones claras: una mayor confianza mutua entre trabajador/a y empleador/a y la introducción del empleado en el círculo de convivencia e intimidad de la familia²⁵.

II.2

Particular relación de confianza

Hemos de partir de la base de que la mutua confianza debe presidir en todas las relaciones laborales –no solo en esta especialidad– como consecuencia de la dignidad humana²⁶. De forma tal, que la necesidad de una mutua confianza implica que –dentro del respeto al derecho a la intimidad– el empleador/a pueda acceder a la información de aquellos aspectos del trabajador/a que considere relevantes a fin de que surja y se mantenga la confianza en que el trabajador/a es una persona idónea para satisfacer la finalidad que persigue al contratar. Sin embargo, el análisis de las cualidades señaladas debe realizarse en un marco de objetivación, limitando indagaciones arbitrarias del empleador o carentes de justificación objetiva, que no garanticen un adecuado equilibrio de los intereses de ambas partes y que decaiga en discriminación.

En este sentido, la nueva regulación del RD 1620/2011 tiene presente como una de las especialidades de la relación el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo²⁷, al tiempo que se destaca como novedad, en el ingreso al trabajo, la garantía y ausencia de discriminación en el acceso al empleo,

20

LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones especiales*. Albacete, Bomarzo (2008). p. 105-106.

21

CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p. 159.

22

OIT. “Situación y condiciones de empleo de los trabajadores domésticos en los hogares privados: Estudio de la OIT”. *Revista Internacional del Trabajo*. (1970), 82, núm. 4, pp. 433-445. El Convenio núm. 189 de la OIT designa en art. 1. a) la expresión «trabajo doméstico» al realizado en un hogar u hogares o para los mismos. (<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>).

23

STJSJ de Madrid, de 19 de enero de 1999 (Ar. 1999, 165).

24

La Exposición de motivos del RD 1985 señalaba que “es precisamente el ámbito de la prestación de servicios, es decir el hogar familiar, el factor determinante de las especialidades que con respecto a la legislación laboral común se prevén en esta norma”. Esta especialidad –según el legislador– era el motivo por el cual la regulación requería una mayor flexibilidad jurídica y una mayor libertad a la autonomía de las partes, que iba en detrimento de la seguridad jurídica en la contratación.

25

STS de 5 de junio de 2002 (número recurso 2506/2001).

26

PACHECO ZERGA, L. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª. Pamplona (2007). p. 31.

27

Exposición de motivos RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

28

PACHECO ZERGA, L. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª. Pamplona (2007). p. 215.

29

Cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 11 de enero de 2005 (TEDH 50774/99) y STEDH de 16 de noviembre 2004 (TEDH 53678/00).

30

DEL REY GUANTER, S. “La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo”, en: AA.VV. *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*. Madrid, (1988).

31

SMURAGLIA, C. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milano (1967). p. 31.

32

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de junio de 2004 (Ar. 22599).

33

JORGE BARREIRO, A. “El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)”. *Diario La Ley* (1996), p. 1300.



conforme ya señalan la Ley 56/2003, de 16 de diciembre de Empleo y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En la misma línea, el art. 4.2 RD 1620/2011 establece el principio de igualdad en el acceso al empleo, “no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social... siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. El equilibrio entre confianza, no discriminación y condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo concreto en un hogar determinado son criterios a valorar. Un equilibrio que, teniendo en cuenta la mutua confianza necesaria y determinando el contenido específico en cada caso, proteja a ambas partes de la relación.

Así, el nuevo RD 1620/2011 introduce como novedad que el desistimiento del empleador se comunique por escrito y conste de modo claro e inequívoco la voluntad del empleador/a (art. 11. 3).

II.3

Una relación en el marco de la intimidad personal y familiar

El lugar de la relación laboral está vinculado especialmente a la intimidad personal y familiar. La doctrina jurídica emplea como sinónimos los términos de intimidad y vida privada²⁸. Así se aprecia también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de acuerdo con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁹.

En la relación laboral del servicio doméstico entrañan particular importancia los derechos a la dignidad y a la intimidad por el grado de implicación de la persona del trabajador/a en esta relación. El derecho

al trato digno reviste especial relieve en esta relación donde la dependencia se da con mayor intensidad, y se extiende a la protección del trabajador/a frente a ofensas verbales o físicas y frente al acoso por razones de origen racial o étnico, condición social, etc. en aplicación del art. 4.2, e) ET. En este mismo sentido, el derecho a la dignidad personal supone un límite en el ejercicio de las facultades de organización, dirección y vigilancia y control de la persona que emplea, que crece en cuanto el trabajador/a adquiere mayor responsabilidad en función de su capacitación, si bien la ausencia de regulación sobre la formación profesional en este ámbito muestra que es un reto por cubrir para mejorar la cualificación de las personas que realizan este trabajo así como la calidad de las tareas desempeñadas.

Otro ámbito del derecho al trato digno viene afectado por la vigencia de los derechos fundamentales “inespecíficos”. El hecho de que la relación de trabajo doméstico se desenvuelva en la “domus”, lugar donde el empleador/a ejercita también algunos de sus derechos fundamentales como persona, hace que se presente la doble ambivalencia y la ponderación de los intereses en juego³⁰. Así, por ejemplo, el trabajador tendrá libertad de pensamiento, de religión (art. 16.1 CE), sin embargo, en la manifestación de sus convicciones en estos órdenes pueden sufrir restricción en el supuesto de que en el hogar ejerza tareas educativas en las que esté implicado, ya que está en juego el derecho fundamental de los padres de proporcionar a los hijos e hijas “...la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 27.3 CE). Este derecho fundamental se erige también en límite al ejercicio de las facultades de vigilancia y control del empleador/a (art. 20.3 ET), salvo que concurren las circunstancias de inviolabilidad de la persona del trabajador/a recogidas en el art. 18 ET, aplicadas de modo restrictivo.

Ante lo cual se aprecia la dificultad de dar soluciones generales, ya que ha de procederse en cada caso a una ponderación de los concretos intereses en juego, y tener como trasfondo el evitar una conducta discriminatoria y el surgimiento o mantenimiento de la confianza precisa en la relación.

Unido al respeto a la intimidad familiar está la regulación del art. 11.5 RD 1620/2011 que, en su parte final, alude a los “deberes de lealtad y confianza” como causa de extinción por falta grave. En cuanto a la confianza, se trata de que el trabajador/a también se acomode a parámetros generales y objetivos, si bien en mayor grado que en otras relaciones³¹, por la especialidad del ámbito familiar en que se realiza. Especificaciones típicas de esta obligación y de lealtad y observancia de las reglas de buena fe que cimientan la confianza son: procurar el trato respetuoso, la prohibición de hurtos,³² causar daños en la casa, bienes o instrumentos, etc.

Otra concreción específica es la obligación de sigilo del trabajador/a doméstico en lo concerniente a la esfera íntima de la persona y cuya revelación a terceros puede dañar la intimidad personal o familiar, así como los aspectos profesionales y laborales con relevancia jurídica y que el titular quiere mantener en el conocimiento de un reducido círculo de personas³³.

III. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL RD 1620/2011

Para destacar las más importantes novedades que introduce el RD 1620/2011, se hace necesario explicar la nueva norma, comparándola con el texto anterior del Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto, ya que en parte se ha mantenido el contenido del mismo, si bien ha supuesto un avance de garantías, por más que todavía faltan tomar medidas para reconocer los derechos equiparables al resto de relaciones laborales.



III.1

Objeto y ámbito de aplicación de la normativa reguladora

La definición sobre la actividad al servicio del hogar familiar (art. 1.4 RD 1620/2011) es semejante a la del RD de 1985, con una ampliación importante y que responde a la realidad en la que operan estas relaciones. Mientras que el texto anterior incluye el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, la nueva norma se refiere de forma más amplia al cuidado de las personas *“que forman parte del entorno doméstico o familiar”*.

En art. 1.3 RD 1620/2011 se regula la prestación de servicios que se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda. En tales casos, asumirá la condición de titular del hogar familiar *“la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que*

asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas”.

Por otra parte, el art. 2 RD 1620/2011 excluye de la norma a supuestos regulados en los últimos años como son las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal, las de los/as cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o entidades privadas, y las de los/as cuidadores no profesionales³⁴.

III.2

El esperado contrato de trabajo por escrito

III.2.1

El ingreso al trabajo

Una de las mejoras en el ingreso al empleo es la ausencia de discriminación en el acceso al mismo, adoptando como base la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y

34

En los dos últimos supuestos de acuerdo a lo regulado en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia.

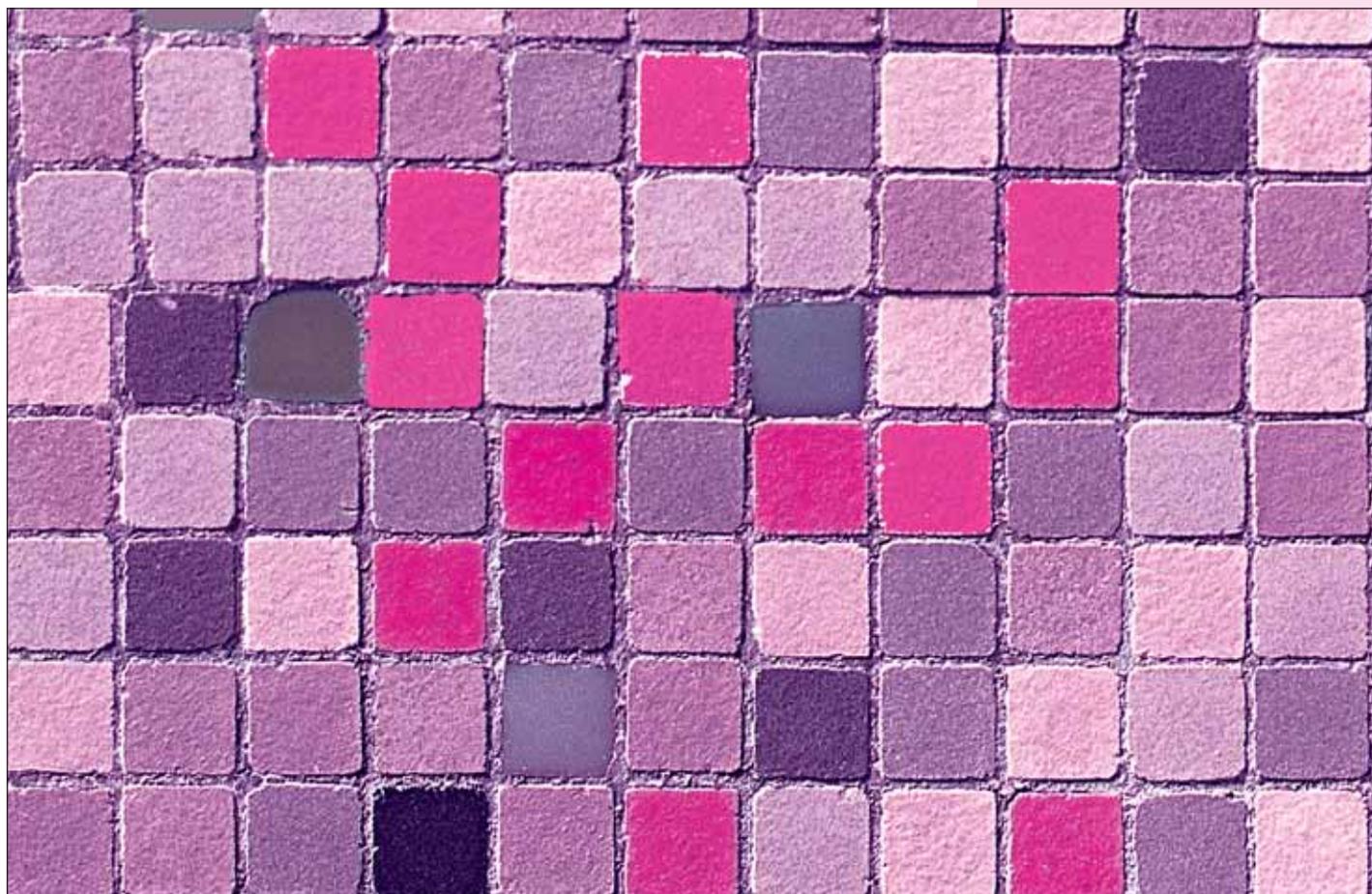
35

Esta citación específica parecía relevante desde el punto de vista del “tipo social” ya que ponía de manifiesto la relativa frecuencia con que los contratados en este sector pueden ser extranjeros CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p. 246.

36

WEINERT, P. *Foreign Female Domestic Workers: Help wanted!*, Genova: International Labour Office. International Migration for employment (1991). p. 12.

En cuanto a datos estadísticos sobre afiliación de trabajadores extracomunitarios al Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar, casi tan elevada como la de españoles, *vid.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *La inmigración y el mercado de trabajo en España*. Informe núm. 4/2004, Madrid, 2004. p. 47, 52 y 54. *cf.* datos estadísticos en www.ine.es





37

Sobre la normativa de extranjería, cfr. nota n. 10.

38

OIT: *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*. Informe VI, CIT, 92.ª reunión (Ginebra, junio de 2004).

39

El Convenio está complementado por la Recomendación núm. 201 de la OIT, de modo que sea posible proporcionar el asesoramiento apropiado a los mandantes en materia de políticas y prácticas en la esfera del trabajo doméstico y concretamente, para hacer efectivas las medidas para la protección de los trabajadores (art. 20 y 21, 1) de la Recomendación.

40

DE LA VILLA GIL, E. *Las relaciones laborales de carácter especial; Servicio del hogar familiar*, «Documentación Laboral» (XII-1985), p. 215.

41

La duración anual de modo ilimitado en el contrato de trabajo doméstico mantenía al empleado en una situación de precariedad continuada. Esta situación de continua inseguridad debía encontrar algún límite ya que no se justificaba que se mantuviera indefinidamente al no ampararse en causa alguna.

Esta precariedad se ve reforzada todavía más en el caso de los trabajadores inmigrantes al estar sometidos a la renovación de la autorización para trabajar o la obtención del permiso de trabajo.

La situación resultaba paradójica pues al no exigirse que la duración anual responda a una causa, al empleado de hogar no se le aplicaba el régimen jurídico de los contratos temporales, ni en orden a la causalidad ni en orden a la indemnización prevista en el art. 49 ET.

Únicamente se establecía que la extinción por término anual da derecho a una indemnización con una cuantía equivalente a la del salario en metálico correspondiente a 7 días naturales multiplicado por número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con límite de 6 mensualidades (art. 9.3 RD 1985).

Parece que, ante esta situación de desequilibrio injustificada, resultaba inminente la supresión de la libre fijación anual, por falta de causa y base en la especialidad del contrato y reconducir la contratación hacia los supuestos previstos en el ET con requisitos causales y con derecho a las indemnizaciones previstas para estas modalidades contractuales (art. 49 ET).

42

Así se desprende de la interpretación conjunta, del art. 5.5 RD 1620/2011 y la disposición adicional primera sobre comunicación del contenido de los contratos.

hombres. Esta aportación se concreta en las medidas señaladas para el ingreso al trabajo, ya sea a través de la contratación directa, servicio público de empleo o agencias de colocación. Concretamente, será el art. 4. 2 RD 1620/2011 donde se establece que deben garantizarse en el ámbito de actuación de las entidades, *“el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna...”*. Destacamos ahora un punto que se recogía explícitamente en la regulación anterior de 1985³⁵ y que en el RD 1620/2011 queda implícito en la ausencia de discriminación, como es la contratación por razón de la nacionalidad. Merece especial alusión por el porcentaje de personas de otros países que desempeñan este trabajo³⁶ y que, en aplicación de las fuentes de la relación laboral (art. 3, b) RD 1620/2011) se rige por la normativa general vigente para los trabajadores/as extranjeros en España³⁷.

Aunque la nacionalidad no forma parte de la especialidad del contrato, sí se encuentra dentro del “tipo social” del empleado/a doméstico de un modo cada vez más extendido, lo que ha provocado continuos estudios por parte de la OIT³⁸ y el Convenio núm. 189 lo ha regulado en el art. 8 señalando medidas para el trabajo doméstico con personas inmigrantes, así como el evitar abusos por parte de las agencias de colocación (art. 15)³⁹.

III.2.2

La forma del contrato

Una de las novedades más esperadas de la regulación es la referente a la forma del contrato, ya que según la normativa de 1985, podía formalizarse por escrito o verbalmente, y en el caso de no haber pacto formal se presumía que la duración era por un año. Esta especialidad injustificada es una de las modificaciones sustanciales que introduce el art. 5 RD 1620/2011. La especialidad respondía más bien a razones de política legislativa⁴⁰ y no parecía que existiera razón objetiva relacionada con la singularidad de la relación para establecer que fuera un

contrato indefinidamente temporal⁴¹. Finalmente desaparece el contrato anual no causal y la posible contratación temporal que quiera efectuarse se regirá por las reglas generales del artículo 15 de la LET.

En este sentido, el artículo 6 RD 1620/2011 dispone que el contrato podrá celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, *“en los términos previstos en el Estatuto de los trabajadores y sus normas de desarrollo”*, con el mantenimiento de la posibilidad de concertación de un período de prueba cuya duración se fija en dos meses, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 8.2 de la LET. En caso de inexistencia de pacto escrito el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa cuando su duración sea superior a cuatro semanas, con la misma presunción *iuris tantum* que rige en la normativa común, es decir *“salvo prueba en contrario o el carácter a tiempo parcial de los servicios”*.

Por otra parte, se refuerzan las obligaciones del sujeto empleador/a respecto a la información que debe facilitar a la persona contratada, siempre y cuando el contrato tenga una duración superior a cuatro semanas, con remisión a la normativa común contenida en el Real Decreto 1659/1988 y con la añadida obligación de incluir información sobre tres cuestiones que son específicas de esta relación laboral especial: las prestaciones salariales en especie si se han pactado (que nunca podrán superar el 30 % del salario total, con la obligación empresarial de abonar en metálico al menos el Salario Mínimo Interprofesional); la duración y distribución de los tiempos de presencia pactados, y el régimen de pernoctas, en su caso (art. 5.4 RD 1620/2011).

El texto finalmente aprobado parece que opta directamente por la comunicación del empleador/a a la Tesorería como vía de publicidad del contrato⁴².



III.3

Contenido de la relación laboral

III.3.1

Una adecuación de derechos y deberes a los empleados/as de hogar

Por lo que respecta al contenido de la relación laboral del servicio doméstico cabe destacar la remisión a los derechos y deberes establecidos en los art. 4 y 5 de la LET con una mención expresa al derecho a unas adecuadas condiciones de seguridad y salud en el trabajo que deberán tener en cuenta las características del trabajo doméstico, cuyo incumplimiento por parte del empleador/a dará derecho al trabajador/a a presentar su dimisión, efecto que ya estaba previsto en el artículo 13 del RD de 1985 y que no introduce ninguna modificación⁴³.

III.3.2

Retribución

Según la normativa de 1985, la **retribución** se fijaba por el acuerdo entre las partes o bien el convenio colectivo que sea de aplicación, que toma como punto de referencia el SMI y que debe ajustarse a las horas efectivamente trabajadas según si se trata de jornada de trabajo completa o a tiempo parcial. La reforma operada por el art. 8 RD 1620/2011 introduce varias modificaciones de interés, siendo dos de ellas la percepción en metálico, al menos, del SMI, y la equiparación del porcentaje de retribución en especie con el resto de trabajadores/as y que se ha fijado en el 30 % desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, sobre medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, frente al 45 % que se permitía con anterioridad, y además sin garantizar el percibo del SMI en metálico. El Ministerio de Trabajo deberá poner a disposición de los empleadores/as modelos de recibos de salarios para el cumplimiento de la norma en este punto. Además, en cuanto a la forma de documentar el pago del salario, el RD se remite en primer lugar a la forma que acuerden las partes, en el ejercicio de

la autonomía de la voluntad, para concretar el “*recibo individual y justificativo del pago del mismo*”, y sólo en defecto de ausencia de pacto será de aplicación la normativa general recogida en el artículo 29. 1 de la LET.

La regulación actual se ciñe a una retribución única de salario mínimo interprofesional ya que no se exige una capacitación profesional determinada para ejercer este trabajo. Como existe en los países de nuestro entorno, el establecimiento de categorías profesionales dentro del sistema de contratación en torno al hogar permitiría una gradación de salarios, en función de la preparación y promovería una mayor profesionalidad en el modo de realización de los servicios. Al no mencionar el RD 1620/2011 ninguna previsión sobre categorías profesionales y su repercusión sobre la estructura del salario, quedando tal cuestión remitida a la negociación colectiva, se ha dejado nuevamente al acuerdo individual en función de la posición contractual del trabajador/a como muchas otras condiciones de trabajo⁴⁴.

En relación a las pagas extras, la fijación de su cuantía se remite al acuerdo entre las partes, con la percepción en metálico, en cualquier caso, de “la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual”. Una novedad considerable es la referente a la regulación de los incrementos salariales que perciba el sujeto trabajador/a; la regla general es la de atenerse a lo que pacten las partes, y solo en su defecto se aplicará, no la regla de la antigüedad, calificada por la Exposición de motivos como “obsoleta”, sino el incremento salarial anual igual al incremento salarial medio.

III.3.3

Mejoras en el tiempo de trabajo

Otra de las aportaciones considerables se refiere al **tiempo de trabajo**, ya que el art. 9 RD 1620/2011 se ha adaptado en parte a la regulación general de la LET. Cabe destacar que la fijación del horario se efectuará por acuerdo entre las partes, al menos legalmente, y no por la simple decisión

43

Son conocidas las dificultades que existen para las autoridades laborales para velar por el cumplimiento de la normativa vigente, en materia de seguridad, salud y condiciones del trabajo, con respeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Además, la actuación de la ITSS deberá ajustarse a las facultades y límites previstos en toda su normativa reguladora, habiendo desaparecido en el texto finalmente aprobado la mención expresa, y única, al artículo 5 de la Ley 42/1997, en cuyo apartado 1 se dispone que “*Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial*”.

44

LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones especiales*. Albacete, Bomarzo (2008). p. 131.

45

En esta línea, CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p. 286. LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones especiales*. Albacete, Bomarzo (2008). p. 123-124. El resto de la doctrina predomina la opinión contraria. No aparece clara la postura de GARCÍA VIÑA, J. *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados del hogar*. Granada, Comares (2009). p. 82-84. A favor del carácter retribuido del tiempo de presencia, ALONSO OLEA, M. – CASAS BAA-MONDE, E. *Derecho del Trabajo*. Civitas (2002). p. 286.

46

Se puede compensar con la manutención o alojamiento. cfr. GARRIDO PÉREZ, E. “El trabajo en el hogar: un replanteamiento de su especialidad desde el punto de vista normativo y jurisprudencial”. En: *Mujer y Trabajo*. Albacete, Bomarzo (2003). p. 242.

47

Convenio núm. 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos (<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>). art. 10.3 “*Los períodos durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios deberán considerarse como horas de trabajo, en la medida en que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos o con arreglo a cualquier otro mecanismo acorde con la práctica nacional*”.

48

www.eduardorjoblog.blogspot.com/2011/11/primera-aproximacion-la-nueva.html. El autor considera que la hora de presencia, como mínimo, debe ser remunerada como hora ordinaria.

49

STSJ de País Vasco, de 28 de noviembre de 2006 (AS 2007, 1140).

50

Daniel Pieters recomienda llegar a acuerdos similares a los de trabajadores más “cualificados”, como p.ej. los turnos de guardia de los médicos, que obligan a permanecer en el hospital y ponerse a trabajar cuando entra una urgencia. PIETERS, D. “¿Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?”. *Tribuna Social* (2008). núm. 207, p. 30.

51

Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

unilateral del empleador/a. Se amplía el descanso diario a doce horas, pudiendo reducirse a diez pero siempre y cuando se compense el disfrute de las dos horas restantes en un período de cuatro semanas. El descanso semanal será de treinta y seis horas consecutivas (frente a las veinticuatro horas vigentes) que incluirán como regla general la tarde del sábado o la mañana del lunes y todo el domingo, es decir en idénticos términos que la normativa general contenida en la LET. Para las vacaciones (treinta días naturales) habrá que estar al acuerdo entre las partes para su disfrute, y en defecto de pacto quince días los fijará el empleador/a y el resto por el/la empleador/a, concretando el artículo 9.7 del RD 1620/2011 que la decisión de empleador/a se adoptará “de acuerdo con las necesidades familiares”, y siendo lo más importante a destacar, en la misma línea que se recoge en el Convenio número 189 de la OIT, que durante los periodos vacacionales el/la trabajador/a “no estará obligado a residir en el domicilio familiar o en el lugar donde se desplace la familia o algunos de sus miembros”. Por fin, debe mencionarse que la reforma recoge expresamente el derecho de los niños/as de 18 años a disfrutar de los mismos derechos en materia de tiempo de trabajo que los restantes trabajadores que están acogidos a la LET.

Una cuestión importante, es la relativa a las **horas de presencia**, es decir periodos de tiempo que excedan del horario de trabajo pactado y durante los que el empleado/a de hogar sigue estando a disposición del empleador/a. De todos modos, el hecho de que el trabajador/a no pueda disponer de este tiempo, requerirá una compensación, que hasta la regulación anterior podría ser inferior a la del trabajo efectivo por no realizar una tarea determinada⁴⁵ pero que, actualmente, como señala el art. 9. 2 RD 1620/2011 –salvo que se compense de otra manera acordada por las partes–⁴⁶ “se retribuirán con un salario de cuantía no

inferior al correspondiente a las horas ordinarias”. Ahora bien, la pauta más clara y reciente nos la da el Convenio núm. 189 OIT al disponer que las horas de presencia deberán considerarse como horas de trabajo⁴⁷, y por consiguiente ser remuneradas o compensadas por tiempo de descanso equivalente⁴⁸, siempre que lo determine la legislación nacional. En este sentido, el Convenio no ayuda a dejar zanjada una cuestión que en la práctica de la relación laboral doméstica es quizá de las más importantes.

Es una realidad que la falta de determinación de régimen jurídico y la amplia disponibilidad para determinar este tiempo por las partes dificulta seriamente su concreción. Ahora bien, ha de ser fruto del acuerdo entre trabajador/a y empleador/a doméstico tanto su colocación en la jornada de trabajo como su modo de compensación, y no se permite el establecimiento unilateral por parte del empleador/a⁴⁹. La falta de determinación del tiempo de presencia en el RD 1620/2011 se debería suplir del mismo modo que otras jornadas especiales, evitando el uso del mismo como trabajo efectivo, como simplemente puesta a disposición, por las consecuencias que esto tiene en la ampliación de la jornada del trabajador/a doméstico.

Cabe señalar que es lógico que se mantenga la regulación del tiempo de presencia en los empleos en torno al hogar porque forma parte de la estructura del mismo, por el objeto y tipo de trabajo que se realiza. Ahora bien, es necesario unir la especialidad a una regulación escrita, para evitar abusos por ambas partes contratantes y precisar con más claridad los datos necesarios. La constancia por escrito, además de lo que fijen libremente las partes, tendría que seguir unos parámetros básicos acordados por negociación colectiva o bien, remitir a la regulación contenida en RD 1861/1995 de 21 de septiembre sobre jornadas especiales, que debería contemplar el trabajo de los empleados/as de hogar

como un supuesto más, ya que actualmente resulta difícil⁵⁰. Entre otros aspectos a tener en cuenta, cabe destacar que el art. 9.2 RD 1620/2011 ha logrado determinar una duración máxima total de la jornada en la que se incluya horas de trabajo efectivo (40 h.) y horas de presencia (no pueden exceder de 20 h), para respetar el art. 40 CE y la Directiva 2003/88/CEE de 4 de noviembre que no excluye al servicio doméstico y en cuyo art. 6, b) fija el tope semanal de trabajo en 48 horas, incluyendo las extraordinarias.

No existe novedad alguna en la reforma con respecto a la normativa de 1985 en materia de conservación del contrato del sujeto empleado/a, por lo que seguirán siendo de aplicación las reglas vigentes.

III.3.4

Novedades en la extinción del contrato

El art. 11 RD 1620/2011 regula la **extinción del contrato** de trabajo del empleado/a doméstico. Esta regulación ha introducido modificaciones considerables respecto a la regulación anterior de 1985 tendentes a reforzar los derechos del sujeto trabajador/a. Aun así es llamativa la desaparición de la referencia recogida en el proyecto de RD a la imposibilidad de la extinción por alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, o en vulneración de algún o algunos derechos fundamentales y libertades públicas de las personas empleadas. La causa tal vez sea su regulación expresa tanto en el Estatuto de los Trabajadores/as como en la nueva normativa procesal⁵¹.

Entre las causas de extinción del contrato laboral de los empleados/as del hogar se sigue, a grandes rasgos, la normativa general. De hecho, el art. 11.1 remite a lo previsto en el art. 49 ET, a excepción de las causas señaladas en las letras h) i) y l) del apartado 1, que no resultan compatibles –según el legislador– con la naturaleza de la relación.



En materia de extinción contractual se le atribuye una tarea de documentación al Ministerio de Trabajo e Inmigración que facilite la actuación del empleador/a, en cuanto que deberá poner a disposición de los empleadores/as “modelos e información para la debida notificación de la extinción del contrato de trabajo a los trabajadores” (art. 11.6 RD 1620/2011).

El art. 11.2 recoge como causa de extinción el despido disciplinario. La extinción se remite a las conductas previstas en el art. 54.2 ET, aunque en la mayoría de los casos analizados por la jurisprudencia suele ser por ausencia en el puesto de trabajo sin justificación⁵². Se explicita que el empleador/a ha de comunicar su decisión por medio de “notificación escrita” y la entrega de la misma produce la resolución del contrato, aunque algunas sentencias admiten la forma verbal del despido porque el fundamento del mismo no es la ausencia de forma sino de causa⁵³. El contenido del escrito se regirá por las normas establecidas en el art. 55.1 ET, el cual exige que consten “los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”⁵⁴. Por otro lado, no se prevé un plazo de preaviso en el despido, con lo cual no cabe exigir compensación por parte del empleado/a doméstico en el supuesto de que no exista⁵⁵.

En el caso de que el despido sea improcedente, por la especialidad de la relación que se basa en la mutua confianza, no se prevé la opción a favor del empleador/a entre la indemnización o la readmisión del trabajador/a, sin embargo nada se opone a esta posibilidad⁵⁶ si por el/la titular no hay inconveniente⁵⁷. Aun así, lo habitual será que el empleado/a reciba una indemnización equivalente al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados, por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades⁵⁸. Cabe destacar que en el proyecto de RD se había fijado la indemnización en la misma cuantía que la prevista para el despido improcedente de los trabajadores/as con contrato indefi-

nido que no sea de fomento de empleo o con contrato temporal que finaliza de forma no conforme a derecho, es decir cuarenta y cinco días de salario por año de servicio⁵⁹.

Respecto al *despido nulo*, el art. 11.2 RD 1620/2011 tampoco contempla esta posibilidad ni, como consecuencia, la obligación de readmisión en estos supuestos. En este sentido, la jurisprudencia entiende que en esta relación de carácter especial no se puede imponer la readmisión, concluyendo varias sentencias que no existe la figura del despido nulo, incluso en casos de despido de una trabajadora embarazada⁶⁰, ni tampoco se da la opción legal de readmisión⁶¹. En cambio, en la doctrina se han planteado mayores dudas. Algunos autores/as admiten que podría existir la figura del despido nulo aunque con dificultades sobre su aplicación por las peculiaridades de la relación⁶². Otros afirman que no es factible la readmisión efectiva del trabajador/a por la especialidad del contrato⁶³ o, por el contrario, si se trata de despido nulo, otro sector piensa que el efecto inmediato es la readmisión del trabajador/a⁶⁴.

Ahora bien, con base en la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOI) la situación cambia en determinados supuestos, como es la cuestión relativa al despido de una empleada doméstica por razón de embarazo o maternidad. Si se realiza, el art. 8 LOI señala que constituye una discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionadas con el embarazo o la maternidad. En cuanto al efecto, según el art. 10 LOI determina claramente que los actos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido. Por tanto, en aplicación de esta norma, puede haber tribunales que consideren el despido como nulo y dejen sin efecto la decisión empresarial, condenando al pago de unas determinadas indemni-

52

STC 115/2000, de 5 de mayo; STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de septiembre de 2001; STSJ de Madrid de 16 de abril de 2002 (Jur 166169), STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2003 (Jur 129499).

53

STCT de 9 de junio de 1987 (RTCT 12639).

54

STSJ de Galicia de 7 de junio de 2001 (AS 1785).

También en la STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2007 se permite que la comunicación sea considerada válida cuando la lleva a cabo la esposa del titular del hogar familiar.

55

STSJ de Cataluña de 19 de enero de 1995 (AS 283).

56

SALA FRANCO, T. “La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico”. *Relaciones Laborales* (1986), núm 4, p. 34; CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p.431-432.

57

STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 1998 (AS 32), STSJ País Vasco 29 de febrero de 2000 (AS 586).

58

Sobre el régimen jurídico de esta indemnización se puede ver, entre otras, la STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2002 (AS 1456); STSJ de País Vasco de 14 de enero de 2004 (AS 1550) y STSJ de Asturias de 30 de enero de 2004 (AS 290).

59

Limitado a doce mensualidades frente a las cuarenta y dos del régimen común regulado en el art. 56.1 a) ET. cfr. Proyecto Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. www.hogaradas.es art. 11.2.

60

STSJ de País Vasco de 14 de enero de 2003 (AS 1550) y STSJ de Madrid de 10 de abril de 2003 (AS 3087).

61

STCT de 15 de diciembre de 1987; STSJ de Madrid de 27 de enero de 1998 (AS 260) y STSJ de Madrid de 18 de mayo de 1999 (AS 1495).

62

DE LA VILLA GIL, E. *Las relaciones laborales de carácter especial; Servicio del hogar familiar*, «Documentación Laboral» (XII-1985). p. 220.

63

RAMÍREZ MARTÍNEZ, JM. “Servicio del hogar”. *Comentario a las leyes laborales*; Ederesa (1987). p. 76; QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico. Madrid, *La Ley* (1991). p. 208; AYALA DEL PINO, C. *Cuestiones laborales de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar* (2005). p. 254-255.



64

SALA FRANCO, T. “La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico”. *Relaciones Laborales* (1986), núm 4, p. 313; CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p. 436 y ss.

65

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, de 16 de abril de 2008 (AS 664).

66

RUANO ALBERTOS, S. “Declaración de nulidad del despido de una empleada de hogar (Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, de 16 de abril de 2008)”. *Aranzadi Social* (2008), p. 45-46.

67

Proyecto Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. www.hogaradas.es. art. 1.1 § 3.

68

www.eduardorjoblog.blogspot.com/2011/11/primera-aproximacion-la-nueva.html

69

Ley Procedimiento Laboral y Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

zaciones. Este es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid⁶⁵ que ha supuesto un cambio de especial trascendencia ya que aplica el mecanismo protector que instituye la Ley de igualdad a una relación como es la de empleados/as de hogar, cuya regulación específica es escasamente protectora, y califica como nulo el despido de una empleada de hogar por razón de embarazo, considerando irrelevante que el artículo 10 del RD 1424/1985 de agosto –entonces vigente– no contemple la nulidad del mismo, dado que el mencionado precepto quedaría derogado, según la sentencia, por la Disposición Derogatoria Única de la LO 3/2007⁶⁶.

Es llamativo que con la reciente normativa del RD 1620/2011 no se hayan recogido algunas referencias relacionadas con este tema, como las que había introducido el proyecto de RD sobre la imposibilidad de extinción por alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, o en vulneración de alguno de los derechos fundamentales y liberta-

des públicas de las personas empleadas⁶⁷. Probablemente se ha dado por supuesta su inclusión⁶⁸ al aplicar la normativa con carácter general a todos/as los trabajadores/as tanto en materia sustantiva con el Estatuto de los Trabajadores, como en materia procesal⁶⁹. Por la problemática generada en años anteriores, hubiera sido muy adecuada su referencia expresa de modo que no cupiese error.

La *facultad de libre desistimiento del empleador* es la peculiaridad más importante del régimen jurídico de extinción del contrato regulada en el RD 1620/2011 que introduce dos grandes modificaciones respecto a la normativa anterior. Por un lado la exigencia de comunicación por escrito de la decisión del empleador/a de desistir de la relación laboral, con manifestación clara e inequívoca de que la causa de extinción del contrato es el desistimiento y no otra. Por otro lado, se aumenta la indemnización de este supuesto, pasando de siete a doce días por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.



El objetivo es lograr una mayor protección y garantía de los derechos del trabajador/a ya que con la regulación de 1985 el empleador/a podría desistir en cualquier momento sin necesidad de alegar causa alguna y abonando una indemnización de siete días por año con el tope de seis mensualidades. Aun así, llama la atención su pervivencia cuando ha dejado de existir hace tiempo en la relación laboral ordinaria regulada en art. 49 ET y solo se encuentra presente en la relación laboral de carácter especial de alta dirección y en el servicio del hogar familiar, basada en la necesidad de la mutua confianza para mantenerla⁷⁰, así como el velar por el derecho a la intimidad personal y familiar como ya señala la Exposición de motivos del RD 1620/2011.

El ámbito del hogar, donde se desarrolla la relación, hace que la confianza y el derecho a la intimidad sea un fuerte rasgo caracterizador del contrato de trabajo doméstico. Ahora bien, si estos son los motivos que realmente afectan a la relación y que están unidos a la especialidad de la misma, habrá que precisar y tasar cuándo se alteran estas circunstancias para evitar que haya arbitrariedad por parte del empleador/a y que realmente haya una causa que motive el despido, para no dejar en una situación de indefensión al trabajador/a y para crear una barrera protectora del trabajador/a individual frente a conductas que pueden ser fácilmente abusivas. La necesidad de una causa que ampare el despido se refuerza con la existencia de unos límites al desistimiento como son la existencia de una causa lícita –no contraria a las leyes, moral u orden público–, así como el respeto a los derechos fundamentales (raza, sexo, religión, etc.) y libertades públicas del trabajador/a (libertad sindical, ideológica, religiosa, etc.), salvo que exista una concatenación entre estos derechos y la confianza necesaria en la idoneidad del trabajador/a para satisfacer la finalidad que el empleador/a persigue al contratar.

En este ámbito juega un papel importante la LOI en donde se debe conjugar la protección de la confianza necesaria en la relación con evitar cualquier discriminación del trabajador/a, como establece el título IV que recoge el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades.

Es evidente que la comunicación escrita del desistimiento del empleador/a es un paso adelante en garantía jurídica, sin embargo, la indeterminación de la causa que lo motiva, mantiene en inseguridad al empleador/a. En la regulación anterior, al no exigirse comunicación escrita, la jurisprudencia había adoptado dos tendencias en relación a la conexión entre despido y desistimiento: una favorable a la conmutabilidad del desistimiento por el despido para el caso de que no se cumplieran los requisitos previstos para el primero⁷¹ y la tendencia contraria a la posibilidad de transformación⁷².

En esta disyuntiva ha jugado un papel clave la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2002 en la que distingue nítidamente en materia de calificación jurídica del cese entre las figuras del despido y del libre desistimiento. Aun así, esta situación ha quedado clarificada con la exigencia de comunicación por escrito en la que consta la voluntad del empleador/a de finalizar la relación por desistimiento (cfr. art. 11. 3 RD 1620/2011).

No deja de ser una situación precaria y de singularidad que debe ser motivo de revisión para acatar la especialidad de la relación y someterla

70

SALA FRANCO, T. “La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico”. *Relaciones Laborales* (1986), núm. 4, p. 35-36; QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico. Madrid, *La Ley* (1991). CARDENAL CARRO, M. “A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta”. *Aranzadi Social* (2000), V, p. 177.

71

STSJ de Cataluña de 22 de junio de 1999 (AS 2135) y 23 de mayo de 1998 (AS 2771).

72

STSJ de Valencia de 10 de mayo de 2001 (AS 2049) que al no cumplirse los requisitos del desistimiento previstos en art. 10.2 RDSHF se condena al pago de la indemnización requerida para el mismo. En la misma línea STSJ de Baleares de 10 de octubre de 2000 (AS 43116) en la que se obliga a abonar a los trabajadores la cantidad adecuada; STSJ de Madrid de 1 de junio de 2000 (AS 3234) que, ante el incumplimiento del pago del desistimiento, se aplicarán la regla general de daños y perjuicios (art. 1101 CC).

73

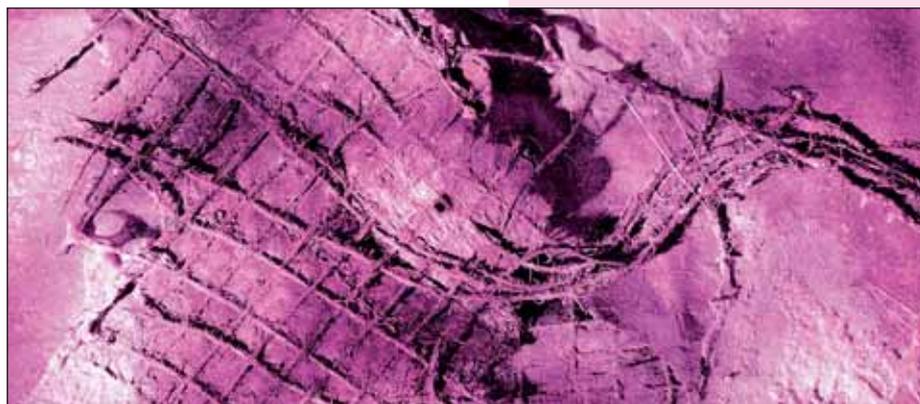
La viabilidad de aplicar “plenamente” la normativa laboral común de la LET al régimen de extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar, así como también la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, “entendido como pérdida de confianza en la persona empleada” en alguna causa de extinción del contrato recogidas en el artículo 49 de la LET (DA 2ª, 2, 1ª RD 1620/2011)

74

La preocupación por el coste que la medida puede tener, se plantea en la reciente reforma de la Ley de Seguridad Social y lleva a la norma a efectuar una manifestación expresa de que dicha medida debe garantizar “los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera” (DA 2ª, 2, 2ª RD 1620/2011).

75

La DA 3ª RD 1630/2011, manifiesta el deseo de velar por el buen cumplimiento de la normativa que han de aplicar empleadores cuyo desconocimiento de la normativa laboral suele ser elevado: “El Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través de su sede electrónica y de sus oficinas de información socio-laboral, facilitará a los empleadores y a los trabajadores cuanta información sea necesaria para la aplicación del presente real decreto, incluyendo la puesta a disposición de modelos, en formato electrónico descargable o en papel, para el cumplimiento de las obligaciones formales y documentales contenidas en el mismo”.





a causas que justifiquen su extinción, evitando cualquier arbitrariedad en el fin del contrato.

También en materia de extinción contractual se le atribuye una tarea de documentación al Ministerio de Trabajo que facilite la actuación del sujeto empleador/a, al igual que hemos visto en apartados anteriores de la nueva norma, en cuanto que deberá poner a disposición de los empleadores/as *“modelos e información para la debida notificación de la extinción del contrato de trabajo a los trabajadores”* (art. 11. 3 RD 1620/2011).

III.3.5

Otras cuestiones de régimen jurídico

Junto a la regulación de infracciones (art. 12) y la jurisdicción del orden social como competente en esta materia (art. 13), se recogen tres Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, una Derogatoria y tres Finales. Cabe destacar especialmente la DA 2ª ya que deja al nuevo gobierno diversas tareas: la evaluación del texto antes de final de 2012 para ver qué cambios cabe realizar, y la constitución de un grupo de expertos/as, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la norma –y que todavía no se ha constituido– que deberá manifestarse antes del 31 de diciembre de 2012 sobre diversas cuestiones, dos de las cuales están relacionadas con la extinción del contrato de trabajo⁷³. Otro de los deberes que se le atribuye al grupo de expertos/as es la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo que se adapte a *“las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar”*⁷⁴.

Por último, el nuevo texto legal será de aplicación a los contratos vigentes a partir de su entrada en vigor si bien hay una importante excepción, ya que la nueva cuantía de la indemnización por libre desistimiento empresarial sólo será de aplicación *“a los contratos que se*

concierten a partir de la entrada en vigor de este real decreto”. Además, se concede un plazo amplísimo, de un año, para que el/la empleador/a pueda formalizar los contratos de trabajo que ya estuvieran vigentes en la actualidad, y para facilitar la información antes citada al trabajador/a sobre sus condiciones contractuales.

En cuanto a la obligación de respetar la forma del contrato regulada en el artículo 5 RD 1620/2011, la disposición transitoria primera también remite su aplicación sólo a los contratos que se formalicen a partir de la entrada en vigor del RD. Ahora bien, queda condicionado a que el Ministerio de Trabajo, en una nueva tarea de ayuda administrativa a los/las empleadores/as, *“ponga a disposición de los empleadores los modelos de contrato de trabajo y de más documentación a que se refiere la disposición adicional tercera”*.

Lógicamente, se dispone que el RD 1620/2011 no afectará a las condiciones más beneficiosas existentes en el momento de entrada en vigor (DT 2ª), *“sin perjuicio de los establecido en materia de compensación y absorción de salarios en los artículos 26.5 y 27.1 del Estatuto de los trabajadores”*.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, es relevante señalar que las condiciones de los empleados/as del hogar han supuesto una mejora:

A en primer lugar, en el sistema de contratación en el que se garantiza el acceso al empleo de una manera más segura mejor informada, bien a través de la contratación directa, del servicio público de empleo o de las agencias de colocación;

B en segundo término, el sistema de contratación está facilitado por la colaboración y asistencia adminis-

trativa de las Administraciones a los empleados/as y contratantes, de manera que la complejidad que pueda suponer el acceso al empleo, se equilibre con una puesta a disposición de asesoramiento y de la documentación necesaria que se requiere para la efectiva puesta en marcha de la norma⁷⁵ y hacer más sencillo el contrato;

C un tercer aspecto refleja una clara mejora en las condiciones laborales, como son el tiempo de presencia, descanso, salario en especie, etc. y, en general, la remisión a los derechos y deberes laborales que permiten, de manera explícita, ampararse en la normativa común para proteger al trabajador/a.

Junto a lo anterior, es también manifiesta la necesidad de arbitrar medidas hasta lograr una equiparación respecto al resto de trabajadores/as, como es en el caso de la reducción de las indemnizaciones a percibir en caso de despido disciplinario o para la extinción contractual por desistimiento del trabajador/a, así como otros derechos que habría que promover para una mayor profesionalización de los empleados/as, a través de futuros convenios colectivos que se elaboren como explícitamente remite el RD 1620/2011.

Aun así, cabe señalar que el nuevo régimen del servicio del hogar familiar ha supuesto, dentro de la especialidad inherente a la relación, un primer avance en garantías y derechos para el trabajador/a, una mejora en relación a la mujer, a la conciliación de familia y trabajo, también en momentos de crisis, si bien la práctica dirá si realmente supone una mejora esta normativa a la vez que siguen quedando en el aire otras diversas cuestiones concernientes a esta relación laboral tan necesaria en nuestra sociedad y que facilita las necesidades vitales de la persona y del hogar familiar.



**Las madresposas¹
en el sistema de protección
social español**

POR DRA. NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ.
Profesora asociada Filosofía del Derecho.
Universidad Autónoma de Barcelona.



RESUMEN

El sistema de protección social español tiene un claro impacto de género. Las mujeres están protegidas en el actual sistema en la medida que cumplen con sus roles de madres y esposas. El análisis del sistema de protección social en España nos muestra una cobertura y nivel de protección muy superior a fenómenos más frecuentes de la vida de los hombres en nuestra sociedad, como la enfermedad, el desempleo y la jubilación, mientras que realidades más comunes en la vida de las mujeres, como la maternidad, la viudedad o la dedicación a los cuidados fuera del mercado formal, no tienen protección o reciben una cobertura muy inferior.

Palabras clave: protección social, mujeres, maternidad.

ABSTRACT

The Spanish social security system has a clear gender impact. Women are protected in the current system as they fulfill their roles as mothers and wives. The analysis of the social protection system in Spain shows a coverage and level of protection far superior to the most common phenomena of men's lives in our society, such as illness, unemployment and retirement, while the most common realities in women's lives, such as maternity, widowhood or the dedication to care outside the formal market, have no protection or much lower coverage.

Keywords: social protection, women, maternity.

1

El término madresposas está tomado de la obra de LAGARDE, M. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, Universidad Nacional Autónoma de México (1993), donde subraya que las mujeres son objeto del derecho en la medida en que son madres y esposas, y cuando no se ajustan a los roles de género esperados son tratados como desviaciones de la norma.

2

MEIL, G. “Los desafíos al sistema de protección social derivados de la postmodernización de la familia” en Flaquer, L. (ed.) *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials (2002), pp. 29.

3

Ver por ejemplo MONEREO ATIENZA, C. *Ideologías jurídicas y cuestión social: los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Comares, 2007; MONTOYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Madrid, Civitas (1992).

4

A pesar de ello hay autores que defienden el carácter fundamental de los derechos sociales positivizados en la Constitución española a pesar de que se hacen eco de que la posición mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido más estricta, al entender como fundamentales sólo los comprendidos entre los artículos 14 y 29 de la CE, sujetos a la reserva de Ley Orgánica, sujetos a la tutela judicial inmediata y al recurso de amparo. Ver por ejemplo PEREZ LUÑO, E. “La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (2006), n° 14, pp. 151-178; MONEREO ATIENZA, C. “Herramientas para una teoría de los derechos sociales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 22 (2005), pp. 265-290; MARTINEZ DE PISÓN, JM. “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (2006), n° 14, pp.129-150; PISARELLO, G. *Los Derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta (2007).

1. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Constitución española de 1978 (CE) sienta las bases sobre las que se edifica el sistema de protección social en nuestro país. Las mujeres son objetos de este sistema de protección social en la medida que cumplen el rol social esperado como esposas y madres.

Los sistemas de protección social nacieron para garantizar la subsistencia de las personas cuando los recursos individuales y la solidaridad familiar no llegaban para satisfacer las necesidades vitales de estas personas. Históricamente esta protección social era dispensada por instituciones religiosas y gremiales, pero con el nacimiento del Estado moderno, comenzaron a crearse sistemas de protección social, sobre todo para garantizar servicios que se consideraban básicos, como la educación y la sanidad¹.

La evolución histórica de estos sistemas de protección social en derechos sociales con protección jurídica equiparable a otros derechos civiles y políticos, es discutible y dispar². Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, entre

ellas la española, recogen como fundamentales los derechos civiles y políticos: “los derechos fundamentales y libertades públicas” y los derechos económicos, sociales y culturales como “principios rectores de la política social y económica”, donde no hay el mismo nivel de exigibilidad al Estado para garantizar su efectividad³.

En el caso de los derechos sociales, éstos se traducen en normas a través de las cuales el Estado cumple con su función de redistribuir y compensar las desigualdades sociales, y también se traducen en facultades de los individuos (y de los individuos en cuanto miembros de grupos) de participar en los beneficios de la vida social, a través de diversas prestaciones por parte del aparato estatal.

La Constitución española establece en los artículos 39 al 43 las bases del sistema de protección social del modelo de Estado Social de Derecho por el que se opta en nuestra Carta Magna. Es un sistema de protección social basado en la familia (artículo 39 CE), que se articula en un sistema redistributivo de renta (artículo 40.1 CE), con una voluntad manifiesta de protección de los trabajadores/as (artículo 40.2 CE).



También es en la Constitución donde se establecen los objetivos del régimen de la Seguridad Social (artículo 41 CE)⁵, como principal instrumento que permita asegurar la protección social a los ciudadanos y ciudadanas, en aquellos supuestos previstos legalmente.

La configuración del sistema de protección social recogido en la Constitución española se inspira en la redacción de derecho social fundamental del artículo 22⁶ de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), avanzando más allá de un sistema de meros seguros sociales para riesgos concretos que caracterizaba al régimen preconstitucional⁷. También está fuertemente influido por la Constitución de Weimar (1919) y la Constitución alemana de Bonn (1949).

El sistema de protección social que establece el artículo 40 de la CE no puede entenderse sin ponerlo en relación con el Estado Social de Derecho que la misma Constitución establece su artículo 1, ni con la obligación de actuación de los poderes públicos del artículo 9.2 CE. Como explica Rodríguez-Piñero⁸:

“El legislador al desarrollar el art. 41 viene condicionado no solo por los fines “sociales” del Estado Social, sino por unas concretas directrices y mandatos que, además del art. 41, contienen otros preceptos contenidos en el propio capítulo III, referidos a la familia, al empleo, a las prestaciones y servicios de salud, a la discapacidad, a pensiones y servicios para la tercera edad, aparte del reconocimiento expreso a la necesaria participación de los interesados en la gestión de la seguridad Social (art. 129.1 CE)”.

El paso del Estado Liberal del Derecho al Estado Social de Derecho es una realidad que comienza en Europa con la Constitución de Weimar y está fuertemente influenciada por la Gran Depresión económica (1929) que supone la primera gran crisis del sistema económico capitalista en el mundo occidental. Este Estado Social nace como reacción a los excesos

del liberalismo económico del Estado Liberal y de su concepción restringida de ciudadanía de la clase burguesa⁹.

El adjetivo de social de ese modelo de Estado tiene que ver con la evolución del modelo de Estado moderno, y tiene diversos significados:

■ Implica la inclusión de la igualdad como corrección de las desigualdades, dentro del listado de “valores superiores” del ordenamiento enunciado por el artículo 1.1. CE.

■ Supone también la relación con un ordenamiento jurídico que sea un sistema de tutela de los trabajadores/as, como resultado histórico de la lucha obrera que criticó la falsa y presunta libertad e igualdad de las partes contratantes en el ámbito del trabajo del sistema liberal.

■ Y finalmente, el carácter social de un estado que hace suya la función de garantizar un mínimo de bienestar de vida para todos los ciudadanos/as, asumiendo que no sólo los pobres son incapaces de satisfacer todas sus necesidades vitales.¹⁰

Es imprescindible también para entender la organización del sistema de protección social del modelo constitucional español, entender el valor y la protección legal al trabajo. El reconocimiento constitucional al trabajo en el artículo 35 CE¹¹, como un derecho-deber, convierte el trabajo no sólo en un derecho de las personas, sino también en un valor social, un recurso imprescindible para la supervivencia de las personas y de la sociedad como colectividad.

La configuración del trabajo como un deber surge en primer lugar del pensamiento ético y religioso del pensamiento escocés ilustrado y liberal del siglo XVIII, pero pasa a ser objeto de formulación laica gracias al influjo del pensamiento socialista desde finales del siglo XIX.¹²

5

Artículo 41 Constitución española

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

6

Artículo 22. Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

7

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. “La configuración constitucional de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1 (2008), pp. 70.

8

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. “La configuración constitucional de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1 (2008), pp. 71.

9

LUCAS VERDÚ, P. *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975; DIAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus (1988).

10

MERCADER, JR. “Concepto y concepciones de la dependencia”, *Relaciones Laborales* n° 2 (2004), pp. 168-169.

11

Artículo 35. Constitución española

“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores”.

12

MERCADER, JR. “Concepto y concepciones de la dependencia”, *Relaciones Laborales* n° 2 (2004), pp. 172.

13

Vid BODELÓN, E. “Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder” en Rubio, A.; Herrera, J. (coord.) *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer (2006), pp. 193-222 y BODELÓN, E. “Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía” en Heim, Daniela y Bodelón, Encarna *Género, derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona, Grupo Antígona (2010), pp. 9-27; DALY, M. *The gender division of welfare: the impact of the British and German welfare states*, Cambridge, Cambridge University Press (2000); RUBIO, A. “Los costes sociales de la desigualdad y de la individualización en la familia”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, n° 32 (2008), pp. 77-96.



14

El 1 de Agosto de 2010, existían en España 3.310.454 hombres con pensión de jubilación (1.037 euros de media) frente a 1.842.944 de mujeres (615 euros de media). Fuente: Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración (2010).

15

El 1 de Agosto de 2010, existían en España 2.134.734 mujeres con pensiones de viudedad (582 euros de media) frente a 157.808 hombres. Fuente: Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración (2010).

16

El importe medio de la pensión no contributiva por jubilación es de 320 euros y de la pensión no contributiva por invalidez 359 euros. Fuente: Imerso, Agosto (2010).

17

El beneficiario tipo de una pensión no contributiva se corresponde con una mujer española casada, que vive integrada en una unidad económica formada por dos y tres personas. En términos absolutos el 70,88 por ciento de los pensionistas no contributivos son mujeres (Ministerio de Sanidad y Política Social, 2009).

18

Debido a las ausencias por cuidado de menores y dependientes, a través de las bajas de maternidad, reducciones de jornada, excedencias por cuidado de familiares, o simplemente como personas inactivas que se dedican a los trabajos domésticos y de cuidados en el seno de las familias.

19

Las mujeres son las principales trabajadoras que optan por contratos a tiempo parcial, como medida de resolución de sus problemas de conciliación de la vida familiar y laboral. En 2011, las mujeres ocupaban el 78% de las jornadas a tiempo parcial por obligaciones familiares en el caso de asalariadas y el 59,9% en caso de autónomas (Fuente: Instituto de la Mujer, 2011).

20

La brecha salarial, el menor salario percibido por las mujeres respecto a sus homólogos masculinos, implica menor poder adquisitivo, menores contribuciones a la Seguridad Social, que implicará menores pensiones de jubilación en el futuro, y menor capacidad de complementar sus pensiones futuras a través de planes y fondos de pensiones. La brecha salarial media en España en 2008 era del 15,87 % (Fuente: Instituto de la Mujer, 2011).

De ahí que el sistema de protección social se enmarque en un Estado social de Derecho articulado en torno a una ciudadanía laboral. Son beneficiarios/as del sistema de protección social las personas que han participado de manera completa y continuada en el mercado de trabajo formal. Obviamente esta ciudadanía laboral ha sido ampliamente criticada¹⁴ por tener un fuerte impacto de género, ya que las mujeres tradicionalmente no cuentan con trayectorias laborales que se acerquen al modelo de trabajador varón, e tiempo completo y de manera ininterrumpida.

2. EL IMPACTO DE GÉNERO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL

El sistema de protección social del ordenamiento jurídico español está configurado de forma que aunque aparentemente neutral, y derivado de los derechos individuales, en el fondo, sobre todo dispensa especial protección a aquellos riesgos o situaciones de vulnerabilidad que con más frecuencia sufren los hombres (como por ejemplo la situación desempleo o la discapacidad). Y en cambio son totalmente secundarias las situaciones protegidas por el sistema de protección social que mayoritariamente sufren las mujeres (como por ejemplo el embarazo, parto, lactancia, o la situación de monoparentalidad).

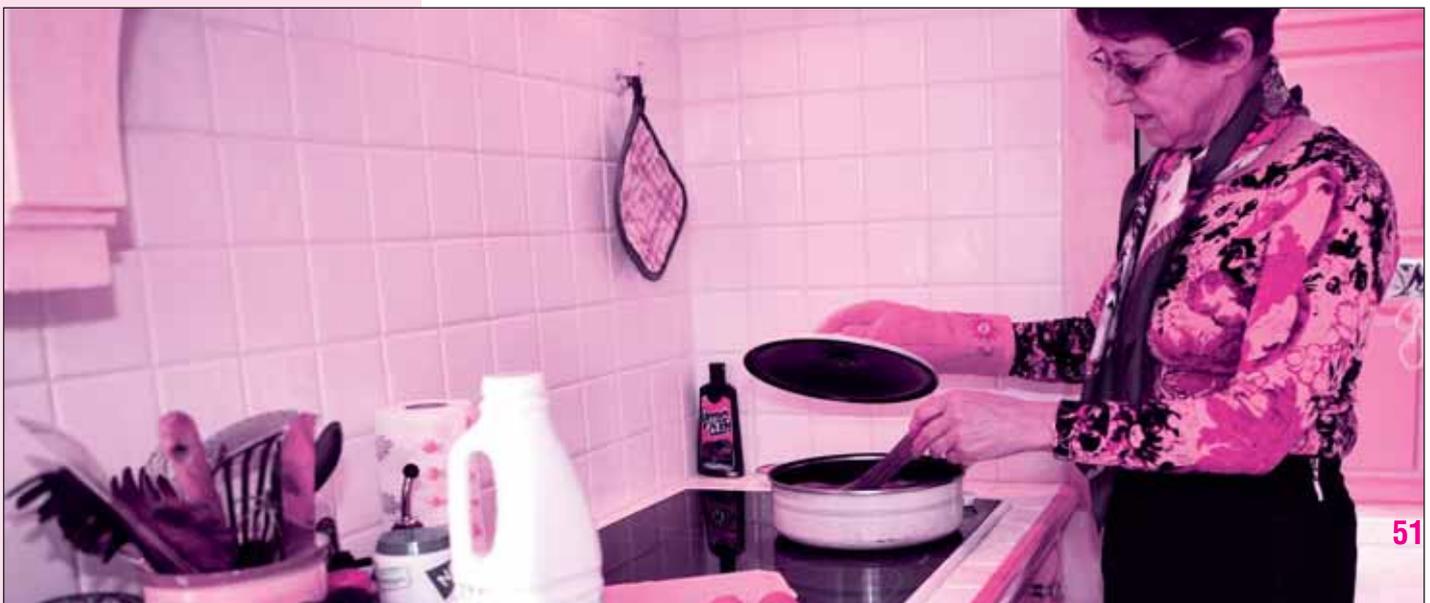
El análisis del sistema de protección español muestra, a nivel contributivo, que el número de mujeres pensionistas es tan numeroso como el de los hombres, pero en el tipo de prestaciones substitutivas de salario (el desempleo, la jubilación y la invalidez) los hombres son mayoría¹⁵, y en cambio las mujeres aparecen como beneficiarias mayoritarias por muerte y supervivencia¹⁶.

Es importante subrayar que las pensiones de viudedad son pensiones contributivas derivadas, es decir, las mujeres resultan beneficiarias en un alto porcentaje de los casos, pero dependiendo de la cotización suficiente de sus maridos en el mercado de trabajo formal.

La pensión media de las mujeres es inferior a la media masculina y las mujeres son mayoría en las pensiones mínimas.

En cuanto a las prestaciones no contributivas, tienen cuantías muy reducidas que difícilmente puede defenderse que garanticen un nivel de vida digno¹⁷, y la mayoría de sus beneficiarias son mujeres¹⁸, lo que en parte explica la progresiva feminización de la pobreza en nuestro país.

La menor participación de las mujeres en el mercado de trabajo, su participación interrumpida¹⁹, en jornadas atípicas¹⁹, con salarios menores²⁰, o en regímenes especiales muy feminizados como el agrario o las empleadas del hogar, las colocan en peores condi-





ciones para recibir la protección social estructurada en un sistema eminentemente contributivo²¹.

Tal y como señala Holtmaat²² en un análisis comparable del sistema de protección social holandés, la protección social dispensada a fenómenos más frecuentes de la vida de los hombres es presentada como una protección ante hechos objetivos, formales y de interés estatal, que suceden a categorías de personas presuntamente neutrales, como los trabajadores. En cambio, el mismo sistema de protección social protege en menor medida y con menor intensidad fenómenos más frecuentes de la vida de las mujeres, como el embarazo, el parto o la viudedad, y cuando lo hace se trata de una cuestión más subjetiva, relativa a la familia, y donde las categorías de las personas afectadas son identidades creadas por el propio sistema estatal, como por ejemplo: trabajadoras embarazadas, mujeres monoparentales o las viudas.

De ahí que el sistema de protección español, al igual que otros modelos europeos, otorgue un sistema de protección muy elevado en el sistema de pensiones y protección al desempleo, y en cambio el sistema de servicios sociales no esté tan desarrollado. Como explican Meier, Peterson, Tertinegg and Zentai²³:

*“Esto refleja la idea de que los miembros de la familia dependen de un hombre trabajador a tiempo completo, mientras que las mujeres son las principales responsables del cuidado social”*²⁴.

El sistema de pensiones español (al igual que otros países del sur de Europa) es un sistema de sustitución de rentas tan elevado, que lleva a pensar que lo que hace es sustituir el salario familiar y no individual²⁵. Los hombres son en mayor proporción los beneficiarios de estas prestaciones, y en cuantías muy superiores a las mujeres. Las mujeres son en cambio mayoría entre las personas beneficiarias de las prestaciones asistenciales no contributivas, pero las prestaciones no contributivas no alcanzan en el mejor de los casos ni la mitad de las cuantías de las prestaciones contributivas medias²⁶.

De ahí se desprende que el sistema de protección social, al igual que la mayoría de los países europeos, promueve mucho más la protección de las mujeres durante la baja maternal, que la introducción de medidas encaminadas a distribuir equitativamente el trabajo doméstico y de cuidados entre hombres y mujeres.

3. RETOS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

El actual sistema de protección social español está siendo cuestionado por varios fenómenos sociales: la caída de la natalidad, la masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y los profundos cambios del modelo de familia tradicional²⁷.

La caída de la natalidad que ha sido una constante en nuestro país (al igual que en otros países europeos) en las últimas décadas, pone en peligro el sistema de protección social, al producirse un progresivo envejecimiento de la población debido a esta baja natalidad y al aumento de la esperanza de vida. El sistema de protección social creado alrededor de este “contrato entre generaciones” o “solidaridad entre generaciones” pierde sentido, porque ha sido un sistema diseñado bajo la asunción de un aumento progresivo de la población, tal y como afirma Meil²⁸:

*“Aunque el número de cotizantes pueda aumentar, tanto por la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo como en virtud de la inmigración (legal, esto es, que cotiza a la Seguridad Social), de forma que la relación desfavorable entre cotizantes y pensionistas pueda mejorar (supuesto un mercado de trabajo en expansión), a medio y largo plazo es inviable sin tasas de natalidad próximas al nivel de reemplazo generación”*²⁹.

Este mismo autor³⁰ afirma que quienes realmente contribuyen al sostenimiento del sistema de protección social son las mujeres/familias que deciden tener hijos/as, y que su contribución más allá de la contribución clásica económica, se trata de una “contribución demográfica” o “en especie” que debería tenerse en cuenta³¹.

21

PÉREZ DEL RÍO, T. “El acervo comunitario en materia de igualdad de trato; la adecuación del ordenamiento jurídico interno”, *Aequalitas*, Número 16, Enero-Junio (2005), pp. 45-47.

22

HOLTMAAT, R. *To care for a right? The analysis of the political legal discourse on social assistance*, Zwolle, W.E.J Tjeenk Willink (1992) y en “De igual tratamiento a igual derecho” en Heim, D. y Bodelón, E. *Género, derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona, Grupo Antígona (2010), pp. 209-228.

23

MEIER, P. PETERSON, E. TERTINEGG, K. ZENTAI, V. “The Pregnant Worker and Caring Mother: Framing Family Policies across Europe” en Verloo, M. (edited) *Multiple meanings of Gender Equality*, Budapest, Central European University (2007), pp. 112.

24

Traducción de la propia autora de: “*This reflects the assumption that family members depend on full-time male breadwinners, whereares women are mainly responsible for social care*”.

25

Vid. ESPING-ANDERSEN, G. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, New Jersey, Princeton University Press (1990) y GUILLÉN, AM. “Protección social, género y ciudadanía: el Estado de bienestar español en el marco de la Unión Europea” en Flaquer, L. (ed.): *Políticas Familiares en la Unión Europea*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques I Socials (2002), pp. 57-86.

26

GUILLÉN, AM. “Protección social, género y ciudadanía: el Estado de bienestar español en el marco de la Unión Europea” en Flaquer, L. (ed.): *Políticas Familiares en la Unión Europea*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques I Socials (2002), pp. 64-66.

27

Vid. MEIL, G. “Los desafíos al sistema de protección social derivados de la postmodernización de la familia” en obra citada *Políticas familiares...*, pp. 27-56; FLAQUER, L. *La Estrella menguante del padre*, Barcelona, Ariel (1999) y en obra citada *Políticas familiares...*

28

MEIL, G. “Los desafíos al sistema de protección social derivados de la postmodernización de la familia” en obra citada *Políticas familiares...*, pp. 41.

29

Si estas visiones pesimistas sobre el futuro del sistema de protección social se realizaron en una época de bonanza económica, de expansión del mercado de trabajo y de llegada de importantes flujos migratorios a España, la situación se complica especialmente si el escenario económico y social cambia como actualmente sucede: las tasas de natalidad vuelven a descender como resultado del final de mujeres en edad fértil del último “baby-boom” español, se produce la paralización de entrada de flujos migratorios ante el endurecimiento de la legislación migratoria y la falta de trabajo por la crisis económica, y se generaliza la contracción del mercado de trabajo.

30

MEIL, G. “Los desafíos al sistema de protección social derivados de la postmodernización de la familia” en obra citada *Políticas familiares...*, pp. 42.

31

Tímidos ejemplos de medidas legales que han tendido a reconocer esa contribución en especie de las mujeres que tienen hijos/as han sido algunas novedades incluidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo sobre igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, que reconozca como periodo cotizado el tiempo de excedencia por cuidado de hijos/as, que modifican artículos del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, como por ejemplo el Artículo 180. sobre Prestaciones que entiende como cotizados los dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores.

32

ESPING-ANDERSEN, G. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, New Jersey, Princeton University Press (1990), pp.11.

33

Aunque el planteamiento de este autor sobre el futuro de los sistemas de protección social, incluye tanto medidas para apoyar la masculinización de la vida de las mujeres (sobre todo para evitar una desigualdad de oportunidades en el mercado laboral) como la afirmación de medidas que faciliten la feminización de la vida de los hombres, adolece de ejemplos claros de cómo se puede llevar a cabo esta última cuestión.

Sus análisis pormenorizados sobre los factores que influyen en el bienestar infantil, destacan la importancia de que los bebés puedan estar atendido por sus madres (y sólo menciona la importancia de las madres) durante el primer año de vida, tras el cual, puedan fomentarse sistemas de cuidado infantil externos a la familia.

34

Los artículos 34, 37, 44, 45, 46, 48.4 del Estatuto de los Trabajadores que regulan estas medidas de protección social están redactados para ser aplicados tanto en el caso de un trabajador como de una trabajadora.

En cambio las estadísticas oficiales de los hombres y mujeres que se acogen a estas figuras jurídicas nos muestran que la sociedad entiende que son medidas destinadas casi exclusivamente para las trabajadoras.

35

El Artículo 18 sobre Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

36

CASTRO, C. y PAZOS, M. “Permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual”, *Papeles de Trabajo*, nº 26/07, Instituto de Estudios Fiscales (2008), pp. 2.



Por eso hay autores y autoras (Esping Andersen³² entre otros) que critican las actuales preocupaciones sobre la continuidad de los sistemas de protección social de los Estados de bienestar europeos centradas en la continuidad y la viabilidad del sistema de pensiones. Para ellos la prioridad de los sistemas de protección social debería ser un aumento de la inversión destinada a la infancia. Y esta inversión en la infancia debería realizarse a través de políticas familiares que desfamiliaresen las responsabilidades que actualmente tienen las familias sobre el bienestar de las personas, a través de políticas que reconcilien la maternidad con la vida laboral, y a través de medidas que feminicen el papel del hombre en la vida³³.

La opción del sistema de protección social español es en cambio, bien diferente. Responde a un orden social y económico que presupone y espera que las mujeres sean quienes desempeñan los cuidados que la sociedad necesita y las mujeres reciben protección en la medida que cumplen con ese rol de cuidadoras en su función de madres y esposas. Un análisis detallado de la protección social dispensada a las mujeres cuando ejercen los

cuidados necesarios en la sociedad española (por ejemplo a través de la prestación por maternidad, permiso de lactancia, reducción de jornada, excedencias por cuidado de hijo/a a cargo en el marco del Estatuto de Trabajadores³⁴ o las prestaciones a cuidadores/as familiares bajo la ley de dependencia³⁵), nos muestra que la opción que está realizando el ordenamiento jurídico español es compensar por los cuidados que las mujeres ejercen, a través de medidas que tienden a contrarrestar la falta de ingresos y derechos sociales que les supone a las mujeres ausentarse del mercado de trabajo para ocuparse de los cuidados de los demás durante periodos de su vida (o durante toda su vida).

Pero compensar la falta de igualdad y las injusticias que produce la desigual asunción de las responsabilidades sobre los cuidados, no se resuelve a través de derechos económicos y sociales³⁶. Sería necesario garantizar un derecho fundamental a la igualdad (que nuestra Constitución recoge en el artículo 14) y revisar el sistema de protección social de acuerdo a este derecho fundamental a la igualdad y en coherencia con un concepto de verdadera ciudadanía universal.



JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Igualdad de Género (año 2011)

RICARDO PEDRO RON LATAS.
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social (UDC)
Magistrado Suplente (TSJ Galicia)



RESUMEN

El estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011 por el Tribunal Constitucional. Se observa una reducción importante del número de cuestiones en comparación con otros años anteriores. Analizando las sentencias dictadas ninguna de ellas destaca como doctrina novedosa.

Palabras clave: Tribunal Constitucional-Principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

SUMMARY

Chronicle of the spanish Constitutional Court case la won Gender Equality (year 2011)

The study deals with the analysis of judgments under the principle of equal treatment and opportunities between women and men from the January 1, 2010 until December 31, 2011 by the Constitutional Court of Justice of Spain. During the period under analysis, there is a significant reduction in the number of questions compared to other previous years. Analyzing judgments none of them stands out as novel doctrine.

Keywords: Constitutional Court of Justice of Spain-Principle of equal treatment and opportunities between women and men.

1

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres durante el año 2011 presenta tres características. La primera de ellas es el limitado número de resoluciones que tratan el tema. La segunda lo reiterativo de la doctrina contenida en ellas. Y la tercera que sólo tres de esas sentencias nos resultarán útiles a nuestros efectos.

2

La primera y más importantes de esas resoluciones es la sentencia 75/2011, de 19 de mayo, relativa a la posibilidad de que el padre pueda disfrutar de las prestaciones por maternidad cuando la madre no trabaja, y cuya doctrina se puede resumir del siguiente modo: no se puede ceder lo que no se tiene.

La base de esa decisión se encuentra en el párrafo 2º del art. 48.4 del ET, que es el que regula la suspensión con reserva de puesto de trabajo en el supuesto de maternidad; derecho éste que a su vez permite acceder a la titularidad de las prestaciones de Seguridad Social correspondientes a dicha contingencia.

La cuestión que se planteaba era precisamente si dicho precepto del ET puede o no ser contrario al derecho a la igualdad (*ex* art. 14 CE). En concreto, la discusión se centraba en si existe justificación para que, en el supuesto de parto, el padre trabajador sólo pueda disfrutar del período de descanso “voluntario” –y percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante ese período– si la madre le cede el derecho a disfrutar ese período, lo que sólo será posible si se trata de una trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social.

Lo que debía decidirse era, pues, si un padre trabajador por cuenta ajena, e incluido por ello en el régimen general de la Seguridad Social, tiene o no derecho a percibir el subsidio por maternidad en caso de parto, cuando su mujer no puede causar derecho a dicha prestación, ni a la suspensión del contrato de trabajo que constituye su presupuesto, por no tratarse de trabajadora en alta en la Seguridad Social.

A tal efecto, el Tribunal Constitucional, tras efectuar un minucioso repaso del marco y la evolución nor-

mativa del art. 48 ET, retrata el derecho a la igualdad con relación a las prestaciones de la Seguridad Social utilizando como colores primarios su propia jurisprudencia, contenida principalmente en su sentencia 197/2003, de 30 de octubre, que se resume del siguiente modo: la Seguridad Social, como función del Estado, permite a éste adaptar la protección que otorga a través de ella teniendo en cuenta el contexto general y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. Ello salvo, claro está, que con ello se produzca una diferencia de tratamiento desprovista de toda justificación objetiva y razonable, ya que, bien sabido es, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas. Ello, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional entiende que el precepto legal cuestionado no puede entenderse contrario al artículo 14 CE desde la



perspectiva del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, pues la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto no es discriminatoria para el varón, toda vez que la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, de tal manera que las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre. Así pues, la regulación establecida en el artículo 48.4 ET, que configura el derecho a la suspensión del contrato de trabajo en el supuesto de parto como un derecho reservado a la madre trabajadora, que puede ceder al padre el disfrute el período de descanso voluntario, siempre que ambos padres sean trabajadores por cuenta ajena, no supone para los varones vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo.

De igual modo, para el Tribunal Constitucional el art. 48.4 ET tampoco resulta contrario al principio de igualdad ante la Ley desde la perspectiva de la comparación entre el supuesto del parto y el supuesto de la adopción (o el acogimiento) cuando las madres no sean trabajadoras (o desempeñen una actividad profesional extramuros del sistema de Seguridad Social), pues se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado.

3

Esta misma doctrina es luego reiterada por el Tribunal Constitucional en sus posteriores sentencias 78/2011, de 6 de junio, y 152/2011, de 29 de septiembre. La primera de esas dos resoluciones reitera, casi de manera mimética, lo dispuesto en su antecedente más próximo, con una única diferencia remarcable: en esta ocasión el recurrente era un fun-

cionario docente. No se trataba, pues, de un trabajador por cuenta ajena. Sin embargo, el resultado será el mismo: no se puede ceder lo que no se tiene.

En efecto, en esta resolución de nuevo el Tribunal Constitucional entiende que la denegación del permiso de maternidad solicitado por el funcionario tras el nacimiento de su hija por no ser la madre titular del derecho a dicho permiso no vulnera su derecho a la igualdad ante la Ley *ex* art. 14 CE. La previsión legal de la que se ocupa el Tribunal –contenida en la Ley de la función pública de la Región de Murcia– resulta idéntica a la establecida en el art. 48.4 ET, y por ello mismo, teniendo en cuenta, por un lado, la identidad de contenido entre el art. 75.2 de la Ley de la función pública de la Región de Murcia y el art. 48.4 LET y, por otro, que los argumentos sostenidos en el recurso de amparo para fundamentar la vulneración del art. 14 CE son los mismos a los ya que se dio respuesta en la citada Sentencia 75/2011, el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado. Por último, en la sentencia 152/2011, aunque la norma objeto de debate era la Ley de la Función Pública de Galicia, su contenido de nuevo es idéntico al art. 48.4 ET, por lo que se concluye igualmente que en estas ocasiones no se puede ceder lo que no se tiene.

4

La segunda de esas resoluciones “útiles” del Tribunal Constitucional es su sentencia 40/2011, de 31 de marzo, que se ocupa de las denominadas “listas cremallera”. Como se sabe, tales “listas cremallera” son aquellas en las cuales se exige una colocación alternativa mujer-hombre en la formalización de candidaturas electorales, y en esta ocasión el precepto controvertido era el art. 2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2005, de 8 de abril, por el que se modificaba el art. 23.1 de la Ley Electoral Andaluza, y en el que se establecía justamente eso, la exigencia

de listas cremallera para la presentación de candidaturas electorales al Parlamento de Andalucía, debiendo alternarse en ellas hombres y mujeres, ocupando “los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares”.

Aunque la dimensión constitucional del pleito era realmente amplia, el Tribunal Constitucional abordó todos los extremos necesarios para dar respuesta al problema planteado. Con relación a la hipotética vulneración del principio de igualdad, los recurrentes entendían que el precepto impugnado vulneraba el principio de igualdad, al hacer del sexo una condición de elegibilidad, lo que sería contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo (arts. 14 CE) y al derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE).

La respuesta a la queja procesal, sin embargo, no supone ninguna novedad en lo que a doctrina constitucional se refiere; es más, el Tribunal Constitucional, pese a que así lo anuncia, ni siquiera se pronuncia sobre la existencia de una posible discriminación por razón de sexo. Utilizando como modelo de referencia su sentencia 12/2008, de 29 de enero, el Tribunal Constitucional acabó concluyendo que la obligación legal de componer las listas de candidatos/as equilibrando el sexo de sus componentes no supone una restricción impuesta a los ciudadanos en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, sino solamente a los partidos políticos, federaciones y coaliciones de partidos, así como a las agrupaciones de electores/as, únicos legitimados por la legislación electoral para presentar listas de candidatos/as y, consecuentemente, únicos afectados por la restricción normativamente impuesta.

La pertenencia a un sexo no se erige por tanto en una condición de elegibilidad, razón por la cual el derecho de sufragio pasivo individual no resulta afectado por la previsión legal. Tal razonamiento, además, es ple-

namente aplicable a la exigencia incorporada al precepto legal impugnado de que las listas electorales estén configuradas por candidatos/as de distinto sexo, alternando sucesivamente, pues tampoco la alternancia de puestos de la lista en razón del sexo del candidato/a y el equilibrio numérico que de ello se deriva afectan al derecho de sufragio pasivo sino tan sólo al margen reconocido a quienes tienen capacidad para presentar listas electorales, esto es, a los partidos políticos.

5

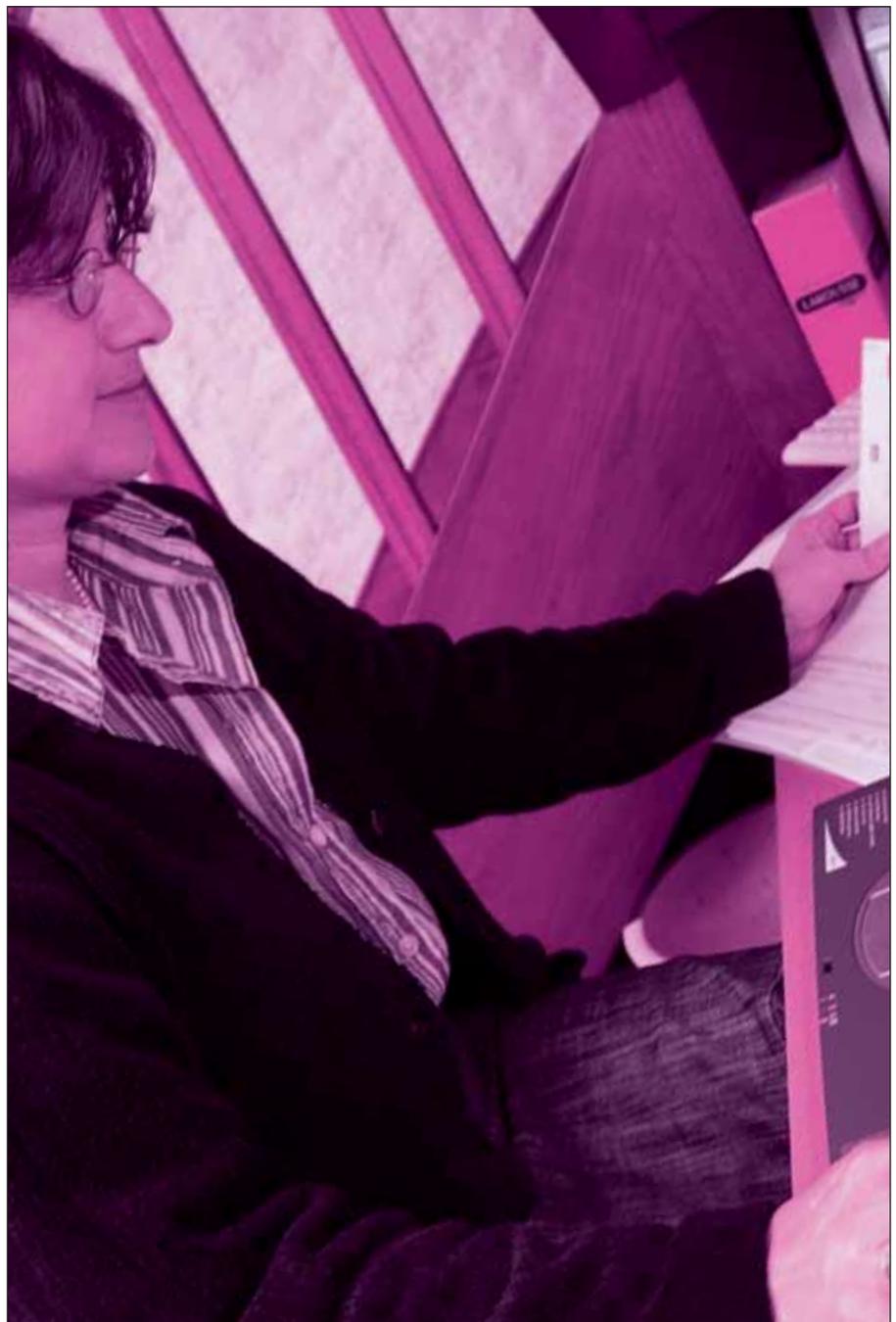
En fin, la tercera de las sentencias anunciadas (que cuenta con voto particular, por cierto) es la número 26 del año 2011, de fecha 14 de marzo. En esta ocasión, la discusión se centraba en si el hecho de que el trabajador viese rechazada su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad, vulneraba o no su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo *ex art. 14 CE*. El propio trabajador recurrente sostenía además que el rechazo de su pretensión implicaba a su vez convertir a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos.

Los argumentos del trabajador debieron convencer a buena parte del Tribunal Constitucional, ya que, salvo el Magistrado que firma el voto particular, los demás decidieron otorgarle el amparo solicitado, reconociendo su derecho a la no discriminación por razón de sus circunstancias familiares.

El Tribunal comienza recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las

condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, de ahí que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implique no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo –elemento o factor

diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres–, sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones





de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE.

Sin embargo, ese *flashback* doctrinal tiene por única razón excluir en esta ocasión la existencia de discriminación por razón de sexo, pues el cuidado de los/as hijos/as no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres.

Por otra parte, afirma el Tribunal Constitucional, los hechos que se enjuician evidencian que el trabajador no ha sido objeto de una diferencia de trato por razón de sexo, pues la denegación de su pretensión de ser adscrito al horario nocturno con carácter fijo no se fundamenta en que sea trabajador varón, lo que excluye que nos hallemos ante una hipotética discriminación directa por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE.

Para el Tribunal Constitucional, no obstante, todo ello no es obstáculo para que la queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación que el art. 14 CE enumera, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales, pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitado por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral.

Curiosamente, el argumento que el Tribunal Constitucional acabará utilizando para otorgar el amparo partirá de nuevo de la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres del art. 14 CE, que postula co-

mo fin y generalmente como medio la parificación, y que impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Pero lo que es más curioso es que, pese a lo resuelto en su sentencia 75/2011, acoge igualmente como válida la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/2009), que considera que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño/a no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada.

En definitiva, concluye el Tribunal Constitucional, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas posteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta Ley pretenden fa-

vorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores/as, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares.

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional concluye, no que se haya producido la alegada vulneración constitucional, sino que el hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto planteado, de suerte que el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado.

El/la juez ordinario debía, pues, haber valorado las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. De este modo, el trabajador no fue debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE).

HUESCA

E-mail: iamhu@aragon.es

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

TERUEL

E-mail: iamteruel@aragon.es

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

ZARAGOZA

E-mail: iam@aragon.es

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

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

ASESORÍA JURÍDICA

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

ASESORÍA PSICOLÓGICA

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

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

ASESORÍA LABORAL

iamlaboral@aragon.es

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

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

ASESORÍA EMPRESARIAL

iamza@aragon.es

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

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

ASESORÍA SOCIAL

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

E SPACIO

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

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

C O N T E N I D O

| | |
|-----------------|---|
| Editorial | 5 |
|-----------------|---|

DERECHO INTERNACIONAL

| | |
|---|---|
| La representación de las mujeres en el sistema de las Naciones Unidas: Hacia la paridad de género. Logros y retos para el siglo XXI. Por María Nieves Saldaña. Profesora Contratada-Doctora. Responsable del Área de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva..... | 6 |
|---|---|

DERECHO ESPAÑOL

Legislación

| | |
|---|----|
| Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón. Por María Ángeles Callizo López. Juez sustituta de los Juzgados de Zaragoza..... | 19 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| Un paso más hacia la conciliación familiar en la nueva regulación laboral del personal al servicio del hogar. Por María Germana Aparicio Ruiz. Asesora Jurídica en Granada. Doctoranda en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza..... | 34 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| Las madresposas en el sistema de protección social español. Por Dra. Noelia Igareda González. Profesora asociada Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona..... | 48 |
|--|----|

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

| | |
|---|----|
| Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad de género (año 2011). Por Ricardo Pedro Ron Latas. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (UDC). Magistrado Suplente (TSJ Galicia). | 54 |
|---|----|