

A E Q U A L I T A S

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 16

ENERO-JUNIO 2005

PERIODICIDAD SEMESTRAL





CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

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

SUBDIRECTORA

TRINIDAD AULLÓ ALDUNATE

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

SECRETARIA TÉCNICA

MERCEDES DE ECHAVE SANZ

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

VOCALES

JUAN RIVERO LAMAS

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

GABRIEL GARCÍA CANTERO

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

ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

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

CARMEN ROMEO FERRER

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

ANA NAVARRO ALASTUEY

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

OLGA SÁNCHEZ TORRES

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

EDITA:

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

Camino de las Torres, 73. 50008 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@posta.unizar.es

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

CONSEJO ASESOR

ANA DE SALAS GIMÉNEZ DE AZCÁRATE

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

FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

VEGA ESTELLA IZQUIERDO

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

RAFAEL SANTACRUZ BLANCO

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

FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

MARÍA JOSÉ BALDA MEDARDE

Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.
Presidenta del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón.

LUCÍA SOLANAS MARCELLÁN

Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

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

DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Directora General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

ELISA SIERRA

Profesora Asociada 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 RULZ MIGUEL

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

DOLORES SERRAT MORÉ

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

TERESA PÉREZ DEL RÍO

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

FERNANDO REY MARTÍNEZ

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

PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad Jaume I. Castellón.

AMPARO BALLESTER PASTOR

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

MARÍA ÁNGELES BARRER E UNZUETA

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

BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Asociada 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

Editorial

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1

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

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Tel. 976 761 433. Departamento de Derecho Público).

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

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

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

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

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

3

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

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

4

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

5

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



Comenzamos este número de la revista afrontando varias cuestiones de Derecho Internacional. Por una parte, en el artículo titulado *Mujeres, guerra y violencia: los modos de compensación en el Derecho Internacional Contemporáneo* se trata el concepto de violencia sexual como crimen contra la humanidad en el Derecho Internacional Público y especialmente en los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc* y los nuevos desarrollos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. La novedad se cifra en que el Estatuto de la CPI (1998) reconoce la violencia sexual como crimen de guerra. El artículo refleja que: “La violación fue ignorada como un abuso a los derechos humanos de las mujeres e incluso no fue calificada como crimen de guerra o contra la humanidad en el Derecho Internacional humanitario. Hasta el conflicto de Bosnia y Herzegovina en que las violaciones fueron masivas y utilizadas con fines militares y políticos, no se tomó conciencia de las dimensiones y gravedad del problema. A partir de ese momento, los tribunales penales *ad hoc* para Ruanda y la antigua Yugoslavia procedieron a tipificar este tipo de actos como crímenes contra la humanidad, tortura, genocidio y «graves violaciones» de las Convenciones de Ginebra de 1949 y de las Leyes y Costumbres de la guerra”.

En el artículo *Democracia y derechos de las mujeres en Marruecos: el nuevo Código de la Familia* se presta también especial atención a las reformas del Código de familia marroquí en cuanto que pueden afectar a la inmigración de marroquíes que recibimos en España y a la aplicación de sus Estatutos personales en suelo español (Véanse números 6 y 10/11 de *AEQUALITAS*). En palabras de la introducción del mencionado artículo; “El 10 de octubre del año 2003, el rey Mohamed VI hizo pública la reforma del Código de Estatuto Personal. Después de más dos años de espera, se anunciaba la puesta en marcha de un nuevo Código basado en un espíritu en apariencia más igualitario entre hombres y mujeres. Se realiza un breve análisis del proceso socio-político que ha llevado a la confección de este nuevo instrumento así como de las novedades jurídicas que aporta el documento, para finalizar con una aproximación al impacto y a la acogida que el anuncio ha tenido entre los principales actores de la escena política y social del país. La reforma de estos códigos constituye la principal reivindicación de muchas de las organizaciones femeninas y de derechos humanos en estos países. El caso de Marruecos, constituye uno de los más interesantes y dignos de estudio de los últimos años, por el cambio que ha supuesto la derogación del antiguo Código de Estatuto Personal o *Mudawana* y la aprobación de un nuevo Código. La *Mudawana* fue promulgada en los años 1957-58 en cinco *dahíres* (decretos reales) para regular las relaciones de la institución familiar. Los derechos y deberes que se recogen en el texto no difieren mucho de los que aparecen en los demás códigos, excepto en la existencia del tutor o *wali*. Esta figura, que perpetúa la condición de menor de edad de la mujer, está presente en los códigos inspirados en el derecho *malikí*, unas de las cuatro escuelas jurídicas musulmanas y la más extendida en el Magreb”.

En el Derecho Comunitario presentamos el estado de la cuestión en materia laboral, y de conciliación entre vida familiar y laboral, así como un comentario a la Directiva de reagrupación familiar completando las aportaciones realizadas en el anterior número de la revista.

A nivel del Derecho nacional español destacamos la discusión sobre *La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género*. El número 7 de la revista *AEQUALITAS* (Mayo-Agosto de 2001) dedicó varios artículos a la situación de la custodia compartida, tanto en el Derecho francés, como en la jurisprudencia española, también el Foro de Debate se centró en esta temática. Algo que quizá se veía extraño en nuestro derecho interno y que sin embargo hoy forma ya parte de nuestra legislación, cfr., la Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Senado el 23 de junio, ratificado por el Congreso de los Diputados el 29 de junio de 2005 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII legislatura, Serie II, Proyectos de Ley de 5 de mayo de 2005, proyecto de ley 621/000014, por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, art. 92). El presente artículo ofrece un análisis breve de las distintas teorías psicológicas utilizadas en las prácticas de los tribunales, define el concepto de interés superior del niño, hace una valoración de la regulación española actual, considerándola no discriminatoria con ninguno de los dos sexos, ni en el enunciado de la ley, ni en su aplicación por los tribunales, distinguiendo con realismo el ideal a nivel teórico de la práctica sociológica. “Para que efectivamente se produzca discriminación en la aplicación de la ley, que en principio es neutra, no hay que contentarse con analizar exclusivamente los resultados en la concesión de la guarda, sino que habrá que ponerlos en relación con los motivos expresados para su atribución”.

Damos noticia de la creación del Observatorio de Género del Instituto de Derecho Comparado. Finalmente, en el Foro de Debate se exponen los resultados de una investigación realizada en el marco del proyecto WOW de la Unión Europea sobre la percepción de la violencia doméstica en un estudio sociológico realizado en Zaragoza. Surge así el Informe estadístico: *Violencia contra las mujeres, Zaragoza ¿qué opinas?* que se enmarca en el desarrollo del Proyecto Igualdad de Oportunidades. Prevención de la Violencia contra las Mujeres, conocido a nivel europeo como Proyecto WOW (acrónimo de parte del título del proyecto en inglés Widen Opportunities for Women) incluido dentro del programa europeo Grundtvig (Sócrates-2004) y que se realiza entre España (Comunidad de Madrid y Comunidad Autónoma de Aragón), Francia, Reino Unido y Eslovaquia; coordinado por el Centro de Educación de Personas Adultas “Juan José Lorente”. El informe se ha basado en el desarrollo, trabajo de campo y tabulación de un cuestionario (verdadero-falso) de once preguntas agrupadas posteriormente en torno a cuatro campos conceptuales. Ello ha llevado a la creación de una plataforma de hombres contra la violencia, que presentamos como ejemplo de buena práctica.

María Elósegui Itxaso

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

“My body has become sad. I have no happiness”.
(Thirty-five year old woman, raped by soldiers).

“There is a real madness with all this violence.
This is a whole war within the war, another kind of
attack on the Congolese people”.
(Counsellor in eastern Congo) ¹.



Mujeres, guerra y violencia: los modos de compensación en el Derecho Internacional contemporáneo

POR YOLANDA GAMARRA CHOPO.

Profesora Titular de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho.
Universidad de Zaragoza.



I. INTRODUCCIÓN

Las guerras determinan la aparición de la violencia contra las mujeres como fenómeno simultáneo y posterior a ellas mismas. Dicha violencia ni se limita a un período concreto, ni a un territorio determinado, ni es accidental, ni tan sólo considerada un acto privado. Más bien, es un acto que obedece a un fin específico al erigirse en una herramienta para alcanzar unos determinados objetivos políticos y militares. En Bosnia y Herzegovina, por ejemplo, la violencia de naturaleza sexual fue utilizada como método de ‘depuración étnica’. En Darfur (Sudán), las violaciones masivas de mujeres se erigen en arma de guerra, como también en Camboya, Somalia, Ruanda, Bangladesh, Liberia, República Democrática del Congo, Perú o Sri Lanka ¹.

La guerra, por cierto, se hace por hombres pero los efectos de las guerras los sufren las mujeres y niños en sus múltiples variantes: violaciones, esclavitud sexual, prostitución forzada, tráfico de órganos, trabajos forzados y demás abusos. En la guerra, en que se recompensa especialmente el comportamiento agresivo,

es posible que se autorice o incluso que se aliente a los combatientes a expresar su propia patología, brutalidad o rencor personal mediante actos de violencia sexual. Las violaciones en tiempo de guerra se cifran, por ejemplo, de entre 110.000 a 800.000 mujeres en Berlín en 1945 ², 20.000 a 50.000 en la antigua Yugoslavia durante la guerra civil de la década de los noventa ³, y 250.000 a 500.000 en Ruanda en 1994 ⁴.

Los efectos de las guerras se podrían describir como catastróficos, selectivos y perversos. Primero, resultan catastróficos por la huella que dejan de por vida en las mujeres afectadas que incluso en algunas culturas llevan al suicidio. Segundo, este fenómeno no repercute por igual en todas ellas, las clases inferiores, o de una determinada raza, cultura o religión están especialmente predisuestas a sufrir este tipo de actos. Tercero, los efectos son perversos en tanto en cuanto se enlazan inexcusablemente con el carácter de esa actuación: el abuso es cometido por un hombre contra una mujer. Ello contribuye a empañar las funciones que el recurso a la violación realmente tiene en una guerra.

En la jurisprudencia internacional se ha reconocido que la violencia contra mujeres constituye un acto de tortura, genocidio, crimen contra la humanidad y ‘infracciones graves’ de las Leyes y Costumbres de la guerra. La violación de mujeres alcanza el nivel de grave inobservancia de las Convenciones de Ginebra si ocurren a gran escala o son asociadas con un fin político. La violación individual cuya función es torturar o cometer tratos inhumanos o degradantes constituye, a su vez, ‘infracciones graves’ de las Convenciones de Ginebra de 1949 ⁵. Incluso, si la violación ocurre de manera indiscriminada y no al servicio de una determinada estrategia política, ni a gran escala constituye una violación del Derecho internacional. Cuando la violación se desarrolla a gran escala u

obedece a una política orquestada, esta dimensión añadida del crimen es tipificada y considerada como crimen contra la humanidad. La violación no puede verse sólo como una herramienta con fines políticos o con fines militares, ni tampoco ser considerada como un simple acto fisiológico, sino como una suma de todos estos factores. Las conexiones entre el elemento sexual de la violación y la función política pueden ayudar a explicar la recurrencia a este tipo de actos. Independientemente de la comisión de la violación por un agente estatal, o un insurgente armado, o cualquier otro actor del conflicto armado, si se trata de una política determinada o un incidente individual de tortura, la violación en tiempo de guerra constituye un abuso de poder y una violación del Derecho internacional humanitario. El diferente tratamiento de la violación encubre de hecho el problema presente, pero si ahondamos en la función política de la violación en tiempo de guerra y la complejidad de la motivación quizás contribuyamos a encontrar remedios para prevenirla.

Abordar la problemática de la violencia de mujeres en situaciones de guerra resulta cuanto menos desolador. Los testimonios relatados por víctimas revelan las dimensiones de la barbarie. Este estudio trata de los fundamentos jurídicos de la política humanitaria en lo que atañe a la violencia contra las mujeres prestando especial atención a la vulnerabilidad de este sector civil, reiteración de tales actos y fines de la violencia sexual, en primer lugar, al contenido de la obligación de proteger en las normas humanitarias, en segundo lugar, la aportación de los tribunales penales *ad hoc* en el reconocimiento de este tipo de actos como crímenes internacionales, en tercero, los nuevos desarrollos contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), y la necesidad de trabajar por la paz impartiendo justicia en pro de la reconciliación, como reflexión final.

1

The War within the War. Sexual Violence Against Women and Girls in Eastern Congo, Nueva York, Human Rights Watch, 2002, disponible en www.hrw.org/reports/2002/drc

2

SEAGER, J. *The State of Women in the World Atlas*, Londres, 1997, p. 56.

3

NIARCHOS, C. “Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Human Rights Quarterly*, 1995, vol. 17, pp. 665-6.

4

VALENTICH, M. “Rape Revisited: Sexual Violence against Women in the Former Yugoslavia”, *The Canadian Journal of Human Sexuality*, 1994, vol. 3/1, p. 53.

5

Instituto Noruego de Asuntos Internacionales, *Women and Armed Conflicts*, Oslo, 1999, p. 44.

6

MERON, T. “Rape as a Crime under International Humanitarian Law”, *Am. J. Int. L.*, 1993, vol. 87, p. 424.



II. VIOLENCIA DE MUJERES: ¿POR QUÉ LA MUJER NECESITA DE UNA MAYOR PROTECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO?

A Vulnerabilidad de las mujeres

La mujer comparte, en buen número de casos, las mismas dificultades que el hombre en situaciones de guerra tanto si son combatientes como civiles. Hombres y mujeres son el blanco de las mismas armas, y padecen los mismos efectos de la guerra: hambre, desarraigo, problemas psicológicos, traumas, o humillaciones. No obstante, la experiencia de las mujeres en la guerra se vive particularmente intensa dado que afrontan los riesgos y peligros más graves, ya no el de morir o sufrir heridas, sino el de ser violadas o víctimas de agresión sexual u otro tipo de abusos. Estas diferentes experiencias varían en función de la posición de la mujer en la sociedad y de su predisposición a convertirse en el sector más vulnerable cuando estallan las hostilidades⁷. En función de su mayor o menor reconocimiento social van a estar expuestas a uno u otro tipo de violencia y vejaciones. Mujeres y niños/as son el sector de la población civil *a priori* más débil porque, entre otros motivos, se les ataca fácilmente y se obtiene el objetivo con menor dificultad y resistencia. Por ejemplo, en Kenia, de las ciento noventa y dos violaciones cometidas contra refugiados somalíes documentadas entre febrero y marzo de 1993, ciento ochenta y siete correspondieron a mujeres, cuatro a niños, y una a un hombre⁸.

Distintos instrumentos internacionales se hacen eco de la preocupan-

te situación que viven mujeres, niños y niñas en las guerras y también de ser el sector civil más vulnerable, también a la hora de traficar con él. De entre ellos, destaca la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptada el 31 de octubre⁹ en el marco de los compromisos adoptados en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y de los trabajos de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁰. Esta resolución expresa en el cuarto considerando del apartado preambular su preocupación por la situación de las mujeres, niños y niñas en las guerras. Y en el párrafo 10 del apartado dispositivo insta a las partes a que tomen medidas especiales para proteger a las mujeres y niñas de la violencia por razón de género, de forma particular la violación y otras formas de abusos sexuales. En el caso de Sudán (Darfur), el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas condenó los actos de violencia y violaciones a los derechos humanos, ataques indiscriminados contra civiles, violaciones de naturaleza sexual, desplazamientos forzados dirigidos contra la población civil, en especial a mujeres, niños y niñas¹¹.

De otro lado pero en el mismo orden de consideraciones, cuando analizamos los efectos de los ‘daños colaterales’ en la población civil, también mujeres y niñas son el sector más vulnerable. El caso de las minas antipersonal, y otro tipo de armas (químicas, Agente Naranja) afectan especialmente a las mujeres. Además, las mujeres son transmisoras de enfermedades bien por efecto de determinadas armas o bien por la infección de ciertos virus (sida). Este tipo de daños afectan a las mujeres pero también a sus descendientes con las consecuencias pro-

pias para las generaciones futuras. La suma de estos factores explican el porqué la mujer, los niños y niñas necesitan y gozan de una especial protección en el Derecho internacional humanitario.

B Violación y esclavitud sexual: actos recurrentes

La violencia contra las mujeres en situaciones de conflicto adopta diversas formas: violaciones, esclavitud sexual, secuestros, prostitución forzada, embarazos forzados, esterilizaciones, mutilaciones, tráfico de órganos y demás. Este tipo de abusos y agresiones son recurrentes en toda guerra. Al tratar de la violencia de género, sin duda, la mujer resulta ser el *blanco* perfecto. En Colombia, por ejemplo, la violencia de mujeres se representa en todas sus formas: como víctimas, soldados, u objetos sexuales en la guerrilla. Mientras que unos tipos de abusos, como el asesinato y otras formas de tortura fueron tipificados como crímenes de guerra, otros, entre ellos la violación, se consideraron durante tiempo como un desafortunado pero ‘inevitable’ efecto colateral del envío de hombres a la guerra. Como resultado de esa falta de tipificación, la violación fue ignorada como un abuso a los derechos humanos de las mujeres e incluso no fue calificado como crimen de guerra y contra la humanidad en el Derecho internacional humanitario. Hasta el conflicto de Bosnia y Herzegovina en que las violaciones fueron masivas y utilizadas con fines militares y políticos, no se tomó conciencia de las dimensiones y gravedad del problema. A partir de ese momento, los tribunales penales *ad hoc* para Ruanda y la antigua Yugoslavia procedieron a tipificar este tipo de actos como crímenes contra la humanidad, tortura, genocidio y ‘graves violaciones’ de las Convenciones de Ginebra de 1949 y de las Leyes y Costumbres de la guerra.

En los casos más recientes, la práctica de la esclavitud y otras formas





7

MATTHEWS, J. *Women and War*, Londres, Pluto Press, 2003.

8

Women's Rights Project/Africa Watch. *Seeking Refugee, Finding Terror: The Widespread Rape of Somali Women Refugees in North Eastern Kenya*, Nueva York, Human Rights Watch, 1993.

9

Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 31 de octubre.

10

En especial del documento final del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General titulado *La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros y paz para el siglo XXI*, (A/S-23/10/Rev.1), particularmente los relativos a la mujer y los conflictos armados.

11

Octavo considerando del preámbulo de la resolución 1556 (2004) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 30 de julio.

12

CARLTON, G.H. "Equalized tragedy: prosecuting rape in the Bosnian conflict under the International Tribunal to Adjudicate War Crimes committed in the former Yugoslavia", *Journal of International Law and Practice*, 1997, vol. 6, pp. 92 y ss.

13

BYRNE, B., MARCUS, R. y POWERS-STEVENS, T. "Gender, Conflict and Development, Volume 2: Case Studies: Cambodia, Rwanda, Kosovo, Somalia, Algeria, Guatemala and Eritrea", *BRIDGE Report 35*, Brighton, BRIDGE/Institute of Development Studies, www.ids.ac.uk/bridge/Reports/re35c.pdf

14

Prosecutor v. Tadic, TIPY, IT 94-1-T, Sentencia, 14 de diciembre de 1995, par. 26.

15

Human Rights Watch. *Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence in the Congo War*, disponible en www.hrw.org

16

THOMAS, D.Q., y RALPH, R. E. "Rape in War: Challenging the Tradition of Impunity", *SAIS Review*, 1994, pp. 82 y ss.

17

GUNNAN, R. "Rape Camps: Evidence in Bosnia Masses Attacks Points to Karadzic's Pals", *New York Newsday*, 19 de abril de 1993, p. 31.

18

FETHERSTON, B. "UN Peacekeepers and Cultures of Violence", *Cultural Survival Quarterly*, 1995, vol. 19/1, p. 22.

de violencia de naturaleza sexual, incluida la violación, se registra reiteradamente en los conflictos de Afganistán, Burundi, Colombia, República Democrática del Congo, Liberia, Myanmar, o Sudán. En la guerra de Bosnia y Herzegovina se crearon campos de esclavitud sexual¹². Durante la guerra civil de Liberia se tomaron prisioneras chicas incluso de diez años y los soldados de rango superior las utilizaron como esclavas sexuales. Otro tanto se puede contar de Sierra Leona, Eritrea o la República Democrática del Congo¹³. Este tipo de abusos se registran fundamentalmente para con mujeres, pero no sólo, dado que comienzan a documentarse casos de violencia de naturaleza sexual en hombres. En el campo de prisioneros de Omarska en Bosnia, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (TIPY), a propósito del caso *Tadic*, identificó toda una serie de violaciones de naturaleza sexual, tortura, persecución y demás abusos que sufrieron musulmanes bosnios y croatas¹⁴.

Los esfuerzos por dar a conocer tales abusos han permitido tomar conciencia de la dimensión del problema y reprimir a aquellos que han perpetrado tales crímenes. Las violaciones cometidas en la República Democrática del Congo documentadas y dadas a conocer por *Human Rights Watch* en el Informe de marzo de 2005¹⁵ sirven para conocer (y limitar) este fenómeno, y presionar sobre los Gobiernos de los Estados y las Organizaciones internacionales para sancionar tales prácticas. Los esfuerzos cruciales para reprimir judicialmente tales abusos corren el riesgo de quedar aislados y no relacionarlos con otro tipo de actos cometidos tanto contra hombres como mujeres. De hecho, las violaciones de mujeres suelen cometerse en el marco de otro tipo de vejaciones que se extienden también a sus familias. En el caso de Bosnia, las mujeres eran separadas y violadas, y los hombres forzados a trabajar o golpeados, amén de otro tipo de agresiones físicas y psicológicas inclusive ejecuciones.

C

Fines de la violación

La violación durante años fue infravalorada por líderes políticos y militares (aquellos que pudieron frenar y prevenir) y considerada como un crimen privado, un acto fisiológico, una in noble conducta de un soldado cometida puntualmente o, peor todavía, aceptada por acto común en tiempo o no de guerra. En tiempo de guerra, se consideraron como 'actos desafortunados' pero 'inevitables' cometidos por individuos sin responder a ninguna causa política, ni militar. En Perú, después de numerosos informes de violaciones de soldados, los oficiales militares peruanos determinaron que tales abusos fueron un 'exceso despreciable'¹⁶. En abril de 1993, R. Karadzic, líder serbo bosnio, rechazó que se hubiesen cometido violaciones de naturaleza sexual en la zona de Bosnia controlada por ellos. Sobre este extremo llegó a decir: "(w)e know of some eighteen cases of rape all together, but this was not organized but done by psychopaths"¹⁷. Este tipo de efectos 'inevitables' de toda guerra fueron justificados hasta por responsables de operaciones de paz de Naciones Unidas. El Jefe de la Misión de Naciones Unidas en Camboya defendió tal actitud al ser preguntado por la violación sexual de mujeres y niñas por parte de tropas de pacificación de Naciones Unidas llegando a responder que él no era "un puritano: los fogosos soldados de dieciocho años tenían derecho a beberse unas cervezas y perseguir cosas bonitas del sexo opuesto"¹⁸. Existen pruebas suficientes de los efectos negativos de esta política de inacción, desde enfermedades de transmisión sexual, mayor exposición de las mujeres a la violencia y descenso de la autoestima en este sector de la población. La violación de naturaleza sexual, en realidad, no es accidental y privada, más bien y de manera rutinaria desempeña una función estratégica en toda guerra y se configura como una herramienta para alcanzar unos determinados objetivos políticos y militares.



El término de violencia contra las mujeres hay que situarlo en un contexto amplio como defendió, en 1996, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TIPR):

“Como la tortura, la violación es utilizada para fines como la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de la persona. Como la tortura, la violación supone la violación de la dignidad de la persona, y la violación de hecho constituye un acto de tortura cuando es cometida por, o instigada para, o con el consentimiento o aquiescencia de un cargo público u otras personas con capacidad para ello”¹⁹.

Como fines de este tipo de violencia, incluidas la violación y esclavitud sexual, están, en primer lugar, el uso de la violencia sexual como medio para intimidar, atemorizar y desmoralizar a los miembros de la oposición forzándoles a huir. Los combates, asesinatos planificados, amenazas y violaciones provocan movimientos de población y desplazamientos forzados. Este método de guerra es utilizado frecuentemente para conseguir movilizar a cientos de personas de una zona determinada a otra y, con frecuencia, a campos de refugiados instalados en países vecinos. Pero la violencia sobre la población civil desplazada no se detiene ahí, sino que las mujeres en tales campos también son objeto de abusos, incluidos los sexuales, por los distintos actores del conflicto. Se pretende ante todo amilanar a la población, humillar a los hombres enemigos y destruir la base de la familia y la comunidad: una mujer violada en diferentes culturas es considerada sucia y símbolo de vergüenza. De hecho, mujeres que han sufrido violencia sexual han sido condenadas al ostracismo por sus familias y comunidades. Estos hechos no sólo ocurrían en el pasado, también las mujeres de hoy día siguen siendo perseguidas y agredidas. En ciertos casos, se ven obligadas a abandonar el país, en otros, conduce incluso al suicidio.

De otro lado, y en segundo, la disponibilidad de los cuerpos y la

sexualidad de la mujer son considerados ‘botín de guerra’ o parte de los ‘servicios’ a disposición de los vencedores. En las guerras clásicas, los distintos bienes formaron parte del ‘botín de guerra’, tales como bienes preciosos, tierras, prisioneros para reconvertirlos en esclavos, entre ellos también mujeres. La situación en la actualidad no dista demasiado de los parámetros clásicos. Los soldados cometen todo tipo de agresiones sexuales con ocasión del saqueo y demás atropellos perpetrados durante las intervenciones militares, practican violaciones en público, secuestran a las mujeres en campos especiales o en prostíbulos para torturarlas, violarlas y dejarlas embarazadas.

En tercer lugar, la violencia sexual se erige en práctica de ‘depuración étnica’ mediante la concepción forzosa, la prevención o interrupción de embarazos o la imposición de graves sufrimientos físicos o mentales a las afectadas. En Bosnia y Herzegovina y Croacia, la violación y otras formas de abusos cometidos por las fuerzas serbias se realizaron con la intención de involucrar a la población en la guerra de raíz étnica²⁰. Las fuerzas serbias asolaban los pueblos y ciudades de población no serbia, después separaban a los hombres de las mujeres, y trasladaban a los hombres a campos de concentración. Las mujeres también eran obligadas a dejar sus lugares de residencia y, en ocasiones, conducidas a campos de prisioneras (caso de los campos de Foca, Omarska, Susica) en donde se les violaba y sometía a todo tipo de servicios y abusos de naturaleza sexual. El objetivo final era la alteración de la composición étnica del grupo perseguido (en el caso de Bosnia, los musulmanes), además de su estigmatización. El racismo, la xenofobia o el odio étnico subyacen en la violencia contra mujeres, niñas y niños pertenecientes a otros grupos motivo por el que las someten a violencia sexual por su género y otros factores de su identidad.



En último lugar, el adoctrinamiento militar o de combate insensibiliza a los combatientes y deshumaniza a la oposición con lo que facilita la comisión de atrocidades, incluida la violencia sexual. Ante tanta barbarie, las violaciones se erigen en ‘válvula de escape’ para muchos de los vencedores o combatientes en posición dominante.

Independientemente de si el acto es cometido por agentes estatales, insurgentes o rebeldes, miembros de sectas religiosas, grupos fundamentalistas o fuerzas de pacificación, la violencia sexual en tiempo de guerra constituye un abuso de poder y una violación del Derecho internacional humanitario. El distinto tratamiento que ha recibido este tipo de abusos por los órganos judiciales bien pudiera hacer pensar que se trata no sólo de un problema de normas como de seguir tolerando la

19

Prosecutor v. Akayesu, TIPR, 96-4-I, Sentencia, 2 de septiembre de 1998, par. 597.

20

VANDERBERG, M. *Kosovo: Rape as a Weapon of ‘Ethnic Cleaning’*, Nueva York, Human Rights Watch, 2000, disponible en www.hrw.org/reports/2000fry/index.htm

21

IV Convención de Ginebra relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.

22

LIEBER, F. *Instructions for the Government of Armies of the United States*, 1863, reimpresso en SCHINDLER and TOMAN (eds.), *The Laws of Armed Conflicts*, 1988, p. 10.



subordinación de la mujer, además de mostrarnos la perspectiva masculina de la concepción y limitación de la guerra.

III. EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER A LAS MUJERES EN LAS NORMAS HUMANITARIAS

A Evolución normativa de la protección de las mujeres en situaciones de guerra

El Derecho internacional humanitario se articula en torno a dos ejes: los medios y métodos de combate y la protección de la población civil. Desde un punto de vista normativo, las mujeres quedan protegidas por el Derecho internacional humanitario tanto en normas convencionales como consuetudinarias. En común con la población civil disfrutaban de las normas de Derecho internacional humanitario que le ofrecen protección en caso de surgir ‘hostilidades abiertas’, o si caen en manos de otro de los actores del conflicto. Como combatientes también están cubiertas por las mismas disposiciones que los hombres como prisioneras de guerra. Además, las mujeres son destinatarias de una serie de normas consideradas de ‘especial protección’, específicamente dirigidas y ejecutables a ellas²¹.

Antes de la codificación del Derecho internacional humanitario (desde mediados y finales del siglo XIX y XX) ya existían acuerdos en los que se reconocía la necesidad de proteger a la mujer. Estas disposiciones se referían a la integridad física de las mujeres, el honor y el papel de la familia. Así, en el *Código Lieber*, de 1863, uno de los más influyentes documentos sobre el derecho de la guerra, se incluyó en el artículo 44 la obligación de respetar a las mujeres²². Posteriormente, el IV Convenio de La Haya de 1899 y 1907, recogieron en el artículo 46 (común a ambas regulaciones) y en

combinación con la ‘cláusula Martens’ del preámbulo, el requisito de respetar el honor familiar.

La no discriminación e igual tratamiento quedan contemplados en el artículo 4 del Convenio de Ginebra de 1929 relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra en el que se contempla que “no son lícitas las diferencias de trato entre los prisioneros que no se basen en el grado militar, estado de salud física o psíquica, aptitudes profesionales o el sexo de los que disfrutan de ellas”. En esta línea, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977 proclaman la igualdad de trato en el sentido de no establecer distinciones en función del sexo. Así, el artículo 12 de la II Convención de Ginebra establece que “(...) serán tratados y cuidados con humanidad por la Parte contendiente que los tenga en su poder, sin ningún distingo de carácter desfavorable basado en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión”. Disposiciones similares quedan recogidas en el artículo 16 del III Convenio de Ginebra de 1949. Esa igualdad de trato presente en las normas humanitarias queda reforzada en el marco del tratamiento de prisioneras de guerra. En efecto, en el artículo 14 de la III Convención de Ginebra se recoge esa igualdad al establecerse que “las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo, gozando en cualquier caso de un trato tan favorable como el concedido a los hombres”. Igual tratamiento se recoge en el artículo 88 de la citada Convención en relación con las penas: “en ningún caso podrán ser condenadas las prisioneras de guerra a penas más severas o, mientras extingan su pena, tratadas con mayor severidad que los hombres pertenecientes a las fuerzas armadas de la Potencia en cuyo poder se encuentren y sean castigados por análoga infracción”.

En cuanto a las normas de ‘especial protección’ cabe referirse, en primer lugar, a las condiciones de las muje-

res prisioneras. El artículo 29 de la III Convención de Ginebra establece que en los campos en los que residan mujeres como prisioneras de guerra deberán reservárseles instalaciones separadas. Reiterando la ‘especial protección’ en el artículo 97 se dice: “las prisioneras de guerra que estén extinguiendo una pena disciplinaria estarán detenidas en locales distintos a los de los hombres y colocadas bajo la vigilancia inmediata de mujeres”. Estas disposiciones responden a la más elemental regla de la decencia y a la protección del honor de las prisioneras de guerra.

En segundo, esas normas especiales van destinadas a la protección contra la violencia sexual. El artículo 27 de la IV Convención de Ginebra de 1949 recoge que “las mujeres serán especialmente amparadas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor”. Los principios recogidos en este artículo forman parte del Derecho internacional consuetudinario, así las cosas, de obligado cumplimiento para todos los Estados. Con una limitación, no se incluye como infracción grave en el listado de personas protegidas del artículo 147 de la IV Convención de 1949. En esta línea, el I Protocolo extiende esa protección a las personas en el territorio de una Parte del conflicto. Por ejemplo, el artículo 75 párrafo 2 del I Protocolo prohíbe los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor. La protección conferida por este artículo se aplica tanto para hombres como para mujeres, si bien la violación no está incluida expresamente en este artículo. No obstante, el artículo 76 del I Protocolo, está específicamente destinado a las medidas a favor de mujeres y niños. Similares principios inspiran el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra y el II Protocolo a tales Convenciones en su artículo 4.



En tercer lugar, existe un cuerpo de normas relativo a las mujeres embarazadas o parturientas, y madres e hijos/as de edad inferior a los siete años. En cuanto al tratamiento médico, el artículo 91 de la IV Convención de Ginebra establece para las mujeres parturientas un tratamiento igual que al resto de la población. En relación con la comida, el artículo 23 del IV Convenio proclama el libre paso de todo envío de víveres indispensables, de ropas y tónicos reservados a los niños/as de menos de quince años y a las mujeres en cinta o parturientas. En otros casos, y relativos a la protección general de las poblaciones contra ciertos efectos de la guerra, se contempla la posibilidad de crear zonas y centros sanitarios y de seguridad organizada de modo que queden al abrigo de los efectos de la guerra, entre otros, las mujeres encinta y las madres de criaturas de menos de siete años ²³.

Cuanto menos resulta significativo que este cuerpo normativo se dirija a las mujeres en relación con otros, y no individualmente con sus propios derechos. Este tratamiento nos indicaría que las mujeres están consideradas en el Derecho internacional humanitario en términos sexuales y reproductivos. En las cuarenta y dos disposiciones relativas a mujeres de las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977, diecinueve hacen referencia a mujeres como madres ²⁴. Las Convenciones regulan una de las diferencias, en particular la biológica, pero deja al margen otra serie de especificidades. Más aún, las disposiciones del Derecho internacional humanitario que regulan las cuestiones de mujeres se articulan en torno a la idea de protección y no de prohibición ²⁵. Sorprende, en cualquier caso, que no se tipifique la violencia sexual como ‘infracción grave’ de las normas humanitarias, después de reconocer la capacidad de procesar las violaciones de manera individual en las Convenciones de Ginebra de 1949 y Protocolos

adicionales de 1977 ²⁶. Esta preferencia por procesar está recogida en otros instrumentos tales como la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, Convención Internacional para la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid de 1973 ²⁷, o Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984 ²⁸, al igual que por órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ²⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ³⁰, o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ³¹. Siguiendo esta senda, el Consejo de Seguridad de Naciones, exigió a los Estados que impartiesen justicia, primero por sus sistemas judiciales, y de no ser posible, recurrir a órganos internacionales, o bien estudiar otras alternativas ³².

B Insuficiencia e inoperancia de las normas humanitarias

El grave problema al que nos enfrentamos en las guerras modernas

es el de la insuficiencia e inoperancia de las normas de Derecho internacional humanitario y de Derechos humanos. Resultan insuficientes porque la normativa aplicable no llega a cubrir la totalidad del problema, tan sólo una parte del mismo: la protección de las víctimas, y no la prevención, o prohibición de tales actos. Ni en las Convenciones de La Haya con respecto a las Leyes y Costumbres de la Guerra, ni en el Estatuto de Nuremberg para el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra tras la segunda guerra mundial se menciona la violencia sexual como acto prohibido. De manera similar, las Convenciones de Ginebra de 1949 y los posteriores protocolos de 1977 no otorgaron a la violencia sexual la misma categoría de crímenes como al terrorismo y la tortura. Mientras estos crímenes se consideran ‘infracciones graves’ de las Convenciones de Ginebra, la violencia sexual se define como un delito contra la dignidad y el honor, no como un crimen violento. Incluso, los Estatutos de los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda





23
Artículo 14 de la IV Convención de Ginebra de 1949.

24
DURHAM, H. "Women, Armed Conflict, and International Law", *Revue internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, 2002, vol. 84, pp. 855 y ss.

25
Así por ejemplo, el artículo 76 párr. 1 del I Protocolo Adicional se opone con el lenguaje usado en relación con los hombres en el artículo 13 de la III Convención de Ginebra de 1949.

26
Vid. el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra relativo a la Protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

27
El artículo V establece: "Persons charged with the acts enumerated in article II of the present Convention may be tried by a competent tribunal of any State Party to the Convention which may acquire jurisdiction over the person of the accused or by an international penal tribunal having jurisdiction with respect to those States Parties which shall have accepted its jurisdiction".

28
Artículo 5 párs. 1 y 2, y artículo 7 de dicho instrumento se refieren a los mismos compromisos.

29
Chumbipuma Aguirre y otros v. Barrios Altos Case, Perú, Sentencia, Corte Interamericana de derechos Humanos, 14 de marzo de 2001, par. 41.

30
Sreletz, Kessler and Krenz v. Germany Case, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, 22 de marzo de 2001, par. 103.

31
General Commentary No. 20 of the International Committee for Human Rights.

32
Sobre el discurso acerca de recurrir a mecanismos judiciales o mecanismos no judiciales *vid.* BIGGAR, N. "Making Peace or Doing Justice: Must We Choose?" in BIGGAR, N. (ed.), *Burying the Past. Making Peace and doing Justice after Civil Conflict*, Washington, Georgetown University Press, 2001, pp. 12 y 13, y ESTRADA-HOLLENBECK, M. "The Attainment of Justice through Restoration, Not Litigation: The Subjective Road to Reconciliation", in ABU NIMER, M. (ed.), *Reconciliation, Justice and Coexistence*, Oxford, Lexington Books, 2001, pp. 66 y ss. and 74 y ss.

33
SALMÓN, E. *Introducción al Derecho internacional humanitario*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 153 y ss.

34
MERON, T. "Contemporary conflicts and minimum humanitarian standards", en WELLENS, K. (ed.), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 623 y ss., y del mismo autor, "International Law in the Age of Human Rights. General Course on Public International Law", *RCADI*, 2003, vol. 301, pp. 82 y ss.

tienen graves deficiencias. Ambos contemplan la violencia sexual como un crimen contra la humanidad, pero ninguno de ellos considera que la violación constituyera una 'infracción grave' de las Leyes y Costumbres de la guerra, ni de las Convenciones de Ginebra de 1949. De este modo en los Estatutos de estos tribunales penales no se reconocieron otros delitos sexuales como, por ejemplo, el embarazo forzoso y la esclavitud sexual como crímenes de guerra.

Las violaciones constantes de tales normas en las guerras de Colombia, Sudán, Liberia, Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Kosovo, Timor Leste, y tantas otras avalan la insuficiente normativa, pero también la inoperancia de las mismas. Así es, estas guerras desestructuradas o modernas que incluyen conflictos étnicos (de identidad) y en las que reina el caos, desorden, crueldad y uso descentralizado de la fuerza se genera un gran reto para el cuerpo de normas de Derecho internacional humanitario porque principios fundamentales como el de distinción entre combatientes y no combatientes, o el principio de la protección de la población civil son realmente difíciles de ejecutar dado que la estrategia consiste en mezclarse con la población e involucrar a la población en las hostilidades³³. En estos contextos, el riesgo de violaciones a normas que contienen derechos elementales de la población civil es muy elevado. Los instrumentos de derechos humanos tienen, de un lado, un limitado impacto práctico dado que su ejecución depende en gran medida de la existencia de órganos estatales con una autoridad efectiva. Las normas del Derecho internacional humanitario, de otro, se aplican a supuestos preestablecidos y esta tipología de conflictos encuentra un espacio menor.

No existen instrumentos internacionales específicos que prohíban la violación y otras formas de violencia sexual. El cuerpo de normas internacionales aplicables a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas,

especialmente en tanto que civiles, como se recoge en el párrafo 9 de la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad son las obligaciones correspondientes en virtud de las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y su Protocolo Facultativo de 1999, y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus dos Protocolos Facultativos de 25 de mayo de 2000, así como las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. No obstante, los Estados o bien no han ratificado los citados instrumentos o algunos de ellos, o bien terminan por incumplir las obligaciones internacionales resultantes.

En cualquier caso y como mínimo requerido, el Derecho aplicable en las guerras modernas se centra, y no limita, en el artículo 3 común a las Cuatro Convenciones de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977. Resulta de gran relevancia la ejecución del citado artículo 3 dado que los nuevos conflictos armados tienen para la población civil unas consecuencias mucho más perniciosas que los conflictos interestatales. El artículo 3 sólo precisa la existencia de un conflicto armado que por el intenso grado de hostilidades se produce en estos casos y de la calidad de 'parte en el conflicto'. Entre las obligaciones 'mínimas' a respetar y proteger destaca el trato con humanidad a aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades, la prohibición absoluta, en cualquier tiempo y lugar, de atentados a la vida, integridad corporal y tratos crueles o sufrimientos innecesarios a tales personas. Asimismo, está prohibida la toma de rehenes, los atentados a la dignidad personal y las condenas y ejecuciones sin previo juicio por un tribunal regular y con todas las garantías procesales, además de las torturas y desapariciones forzadas³⁴.



La ejecución de las normas contenidas en el artículo 3 común van acompañadas de los principios de Derecho internacional humanitario que las sustentan, esto es, reglas de humanidad que tienen valor absoluto, cuya observancia se impone en todas las circunstancias, y adicionalmente de un mecanismo de sanción penal individual. La práctica de requerir el procesamiento de responsables de crímenes internacionales comenzó a finales de la década de los ochenta y, sobre todo, en los noventa con la creación de los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, la creación de otros tribunales mixtos o híbridos como el de Kosovo, Timor Leste o Sierra Leona, y sin duda alcanza el punto más álgido con la creación de la nueva CPI. No hay que olvidar tampoco la labor de los tribunales estatales y no por menos importantes y loables resultados dependiendo de los casos, los mecanismos no judiciales: las comisiones de la verdad y reconciliación creadas para conocer la verdad y lograr la reconciliación nacional en casos tales como Sudáfrica, Guatemala, Perú, Sierra Leona, o Timor Leste.

IV. CRÍMENES INTERNACIONALES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES PENALES *AD HOC*

A Violencia sexual como crimen contra la humanidad

De todas las formas de violencia de género en una situación de guerra, el mayor desarrollo legal se ha experimentado en el campo de la violencia sexual como crimen internacional, en especial con el establecimiento de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda. El modo en el que estos tribunales han enfocado y perseguido el tema de la violencia sexual contra la mujer en una guerra se ha visto marcado y limitado por sus propios Estatutos. La Fisca-

lía del TIPY ha podido perseguir la violación en una guerra, en particular en Bosnia, como crimen contra la humanidad, dado que este tipo de violencia sexual se encuentra explícitamente recogido en el artículo 5 del Estatuto. E igualmente, el artículo 3 del Estatuto del TIPR está habilitado para juzgar a presuntos responsables de tales atrocidades. Además de ello, la jurisprudencia de los dos tribunales *ad hoc* muestra que la violencia sexual se ha penalizado como parte de otros crímenes internacionales, tales como tortura, persecuciones, esclavitud forzada, o genocidio.

La aportación de los tribunales penales *ad hoc* se infiere, de un lado, al vincular la esclavitud sexual como crimen contra la humanidad. En efecto, la esclavitud forzosa, incluida la sexual, constituye un crimen contra la humanidad como han reconocido ambos tribunales. En el asunto *Akayesu*, el TIPR encontró en el marco de su Estatuto que la violación (sexual) es un crimen contra la humanidad cometido “a) as part of a wide spread or systematic attack; b) on a civilian population; c) on certain catalogued discriminatory grounds, namely national, ethnic, political, racial or religious groups”³⁵. Al acusado se le responsabilizó de haber cometido crímenes contra la humanidad precisamente por los abusos sexuales cometidos contra una parte de la población. En este mismo sentido, el TIPY abordó el problema en los casos *Furundzija*³⁶, y *Nikolic*³⁷. En un caso posterior, *el Fiscal contra Kunarac*, el Tribunal confirmó su posición al considerar que la violencia sexual sobre las mujeres detenidas en el campo de *Foca* constituyó un crimen contra la dignidad humana³⁸. Desde 1996, la Fiscalía del Tribunal comenzó a investigar los abusos ocurridos en *Foca* (Sudeste de Sarajevo) desde el momento en que el área fue tomada por las fuerzas serbias allá por 1992. Mujeres musulmanas fueron detenidas en casas, apartamentos, escuelas y otras

construcciones y fueron sometidas a repetidos actos de violaciones por los soldados. Se alegó asimismo que mujeres y niñas fueron esclavizadas en casas que operaban como burdeles, además de forzarlas a limpiar, preparar la comida o lavar la ropa. Estas mujeres fueron tratadas, entendió el Tribunal, como ‘propiedad personal’ de sus captores y terminó por establecer la conexión entre violencia sexual y esclavitud, tal y como había defendido la Fiscalía.

El Fiscal del TIPY, de otro lado, vinculó la violencia sexual con fines políticos, raciales y religiosos y la ha calificada como crímenes contra la humanidad. En el asunto *Tadic*, el Tribunal encontró culpable al acusado de haber cometido crímenes contra la humanidad por recurrir a la violación y otras formas de violencia sexual con fines políticos, raciales y religiosos³⁹.

Finalmente, actos de violencia sexual han sido considerados como crímenes contra la humanidad por tratarse de ‘actos inhumanos’. Tanto el TIPR, en el caso *Akayesu*⁴⁰, como posteriormente confirmó el TIPY, en el caso *Furundzija*, se determinó que “serious sexual assault” son crímenes contra la humanidad por considerarse ‘trato inhumano’⁴¹.

B Tortura

A lo largo de la historia, la violencia sexual ha sido utilizada frecuentemente como práctica para torturar a las mujeres. Las secuelas físicas y mentales infligidas por el acto en sí mismo dependen del medio social y cultural en el que vive la mujer, además de los riesgos a los que está expuesta de contraer todo tipo de enfermedades y de transmitirlas a sus hijos, sin olvidar las secuelas psicológicas para toda su vida. La violencia sexual a menudo satisface la definición jurídica de tortura, en cambio, no había sido percibida como acto violento, ni tampoco se había sancionado.

35

Prosecutor v. Akayesu, cit., par. 598.

36

Prosecutor v. Furundzija, TIPY, IT 95-17/1, Sentencia, 10 de diciembre de 1998, par. 175 y ss.

37

Prosecutor v. Dagan Nikolic, TIPY, IT 94-2-S, Sentencia, 18 de diciembre de 2003, par. 89.

38

Prosecutor v. Kunarac, TIPY, IT 96-23&23/1, Sentencia, 12 de junio de 2002, pars. 142 a 156.

39

Prosecutor v. Tadic, TIPY, IT 94-1-T, Opinión y Sentencia, 7 de mayo de 1997, pars. 154 a 165, y Sentencia, 14 de julio de 1997, par. 73.

40

Prosecutor v. Akayesu, cit., par. 688.

41

Prosecutor v. Furundzija, cit., par. 175.

42

En los casos *Aydin v. Turkey*, de la Corte Europea de Derechos Humanos, septiembre 1997; y *Fernando and Raquel Mejía and another v. Perú*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996.

43

Prosecutor v. Mucic et al. (asunto *Celebici*), TIPY, IT 96-21, Sentencia, 16 de noviembre de 1998, pars. 940-965; y *Prosecutor v. Nikolic*, TIPY, No IT 94-2, First Atended Indictment, 12 de febrero de 1999, pars. 45 y ss.

44

Prosecutor v. Furundzija, cit., párrafo 267 ii., problema ya tratado en el asunto *Celebici*, cit.

45

Prosecutor v. Kunarac, cit., pars. 142 – 156.

46

Asunto *Celebici* cit., párrafo 495, así como párrafos 942 y 964.

47

Ibid., par. 494.

48

Ibid., par. 493.

49

En el citado asunto *Prosecutor v. Furundzija*, cit., pár. 267.

50

BLATT, “Recognising Rape as Method of Torture”, *NYU Review of Law & Social Change*, 1993, vol. 19, pp. 821.



Sin embargo, actos recientes de órganos internacionales tipifican la violencia sexual como tortura⁴², y los tribunales penales *ad hoc* han reconocido que actos concretos de violencia sexual pueden constituir tortura por sí mismos. El Fiscal del TIPY ha tratado la violencia sexual bajo relevantes artículos del Estatuto del TIPY, incluidos el artículo 2 (graves violaciones de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949)⁴³, artículo 3 (violaciones a las leyes y costumbres de la guerra)⁴⁴ y artículo 5 (crímenes contra la humanidad)⁴⁵.

El TIPY consideró la violencia sexual como acto de tortura detalladamente en el asunto *Celebici* en 1998. Uno de los cuatro detenidos fue acusado de haber violado a dos mujeres conducidas a la prisión de *Celebici*, en el municipio de Konjic, en la zona central de Bosnia y Herzegovina. El Fiscal del Tribunal alegó que el acusado había cometido actos de tortura que constituían ‘infracciones graves’ de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, así como la violación de las Leyes y Costumbres de la guerra. Analizados los hechos y oído a las partes, el Tribunal determinó que la violación constituía un acto de tortura de acuerdo con el Derecho internacional. Para el Tribunal, “rape causes severe pain and suffering, both physical and psychological”⁴⁶. De entre los elementos requeridos para identificar

el crimen de tortura está la determinación de un propósito o fin. En el caso estudiado, el Tribunal aceptó que el propósito pudiese comprender: “obtaining information or a confession from the victim, or a third person, punishing the victim for an act he or she or a third person has committed or is suspected of having committed, intimidating or coercing the victim or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind”⁴⁷. Incluso, el Tribunal se apoyó en los trabajos del Comité para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) para fundamentar que la violencia directa contra las mujeres, por el hecho de ser mujer, es una forma de discriminación⁴⁸. Finalmente, el acusado fue considerado culpable de cometer tortura como ‘infracción grave’ de las Leyes y Costumbres de la guerra por abusar sexualmente de dos mujeres. El Tribunal llegó a referirse a que se llevaron a cabo violaciones con el propósito de obtener información, castigar, coartar, e intimidar, elementos presentes en la definición de la tortura. La violencia contra las mujeres se produjo por el hecho de ser mujeres. La violencia sexual como acto de tortura se reconoció en casos posteriores tanto del TIPY⁴⁹, así como por el TPIR coincidiendo en la posición apuntada por el primero⁵⁰.



C

Genocidio

En la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda hay indicaciones de que la violencia sexual podría constituir genocidio, siempre que los demás elementos del crimen estén presentes⁵¹, de modo que por sí sola la violencia sexual no es genocidio. Este tipo de crimen ha sido ampliamente tratado por el TIPR en los casos *Akayesu*⁵², y *Musema*⁵³. El TIPR, en 1998, y a propósito del asunto *Akayesu*, reconoció cómo los abusos de naturaleza sexual eran uno de los elementos presentes en los actos de genocidio con las siguientes palabras: “(s)exual violence was an integral part of the process of destruction, specifically targeting Tutsi women and specifically contributing to their destruction and to the destruction of the tutsi group as a whole”⁵⁴. Más aún, “(s)exual violence was a step in the process of destruction of the Tutsi group -destruction of the spirit, of the will to live, and of life itself”⁵⁵. El Tribunal ligó la violencia de naturaleza sexual con los daños mentales causados a las víctimas tal y como se recoge en el Convenio sobre la prevención y sanción del delito del genocidio y reflejado en el propio Estatuto del Tribunal⁵⁶. El Tribunal terminó por reconocer que “rape and sexual violence (...) constitute genocide in the same way as any other act as long as they were committed with the specific intent to destroy, in whole or in part, a particular group, targeted as such. Indeed, rape and sexual violence certainly constitute infliction of serious bodily and mental harm on the victims”⁵⁷.

En el asunto *Musema*, el TIPR encontró al acusado igualmente culpable de genocidio por la comisión, entre otros, de violaciones contra mujeres civiles del grupo tutsi. Como en el caso *Akayesu*, el Tribunal reiteró la conexión entre violencia sexual y la intención de ocasionar daño a la población *tutsi*. El Tribunal acabó aceptando que la violencia se-

xual causa serios daños físicos y psíquicos y contribuye a la comisión de genocidio⁵⁸.

D

Crimen de guerra: la violación de las Convenciones de Ginebra de 1949 y de las Leyes y Costumbres de la guerra

Las Convenciones de Ginebra no se refieren explícitamente a los actos de violencia sexual como ‘infracciones graves’ de las Leyes y Costumbres de la guerra. Tampoco se consideró como forma específica de tortura y resulta un tanto ambiguo que la violencia sexual fuese considerada como un crimen de guerra. Esta afirmación, empero, tiene que ser matizada dado que disponemos de doctrina y jurisprudencia suficiente que considera la violencia sexual como un crimen de guerra⁵⁹. En 1993, Cruz Roja Internacional y Media Luna Roja reconoció que este tipo de abusos constituían crímenes de guerra⁶⁰. Asimismo, en la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra en la antigua Yugoslavia se reiteró que la violencia de naturaleza sexual, en especial la dirigida contra mujeres y niños constituía graves violaciones del Derecho internacional humanitario⁶¹. Y tanto el TIPY como el TIPR se han ocupado del tema y han considerado que la violencia sexual constituye un trato inhumano y una ‘grave violación’ de las Convenciones de Ginebra de 1949 y las Leyes y Costumbres de la guerra⁶².

El TIPY consideró en el caso *Dragan Nikolic* que las violaciones cometidas en el campo de detención de *Susica* constituyeron crímenes contra la humanidad e ‘infracciones graves’ de las Leyes y Costumbres de la guerra. El TIPY determinó que este tipo de abusos constituyeron ‘infracciones graves’ de las Convenciones de Ginebra de 1949, en particular, los artículos 27 y 147 de la IV Convención de Ginebra de 1949. El Tribunal para la antigua Yugoslavia entendió que la violencia sexual se podía tipificar como ‘trato inhumano’ y como ‘infracción grave’



51

Tales como matanzas de los miembros de un grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir el nacimiento en el seno del grupo, traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, artículo 6 del Estatuto de la CPI.

Vid. en la doctrina el estudio sobre el particular de KARAGIANNAKIS, M., “The definition of Rape and Its Characterization as an Act of Genocide – A review of the Jurisprudence of the International Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia, *Leiden Journal of International Law*, 1999/2, vol. 12, pp. 479 y ss.

52

Prosecutor v. Akayesu, cit., pars. 731 a 733.

53

Prosecutor v. Musema, TIPR, 96-13, Sentencia, 27 de enero de 2000, par. 908.

54

Prosecutor v. Akayesu, cit., par. 731.

55

Ibid., par. 732.

56

Ibid., par. 701.

57

Ibid., par. 731.

58

Prosecutor v. Musema, cit., par. 933.

59

Vid. la nutrida bibliografía recogida en el estudio de GARDAM, J. G. Y JARVIS, M. J., *Women, Armed Conflict and International Law, op. cit.*, nota 51 de la p. 186.



60

ICRC, Aide-Memoire (3 Dec 1992), citado en Meron, T., "Rape as a Crime in International Law", *op. cit.*, p. 426.

61

Vid. Rape and Sexual Assault: A Legal Study, UN Doc S/1994/674/Add.2 vol I, 28 diciembre 1994.

62

Estudio de la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* en ASKIN, K.D., "Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status", *AJIL*, 1999, vol. 97, pp. 97 y ss.

63

Prosecutor v. Tadic, TIPY, IT 94-1-T, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 octubre de 1995, pár. 138.

64

Prosecutor v. Furundzija, *cit.*, par. 274.

65

Prosecutor v. Akayesu, *cit.*, par. 688.

66

Prosecutor v. Musema, *cit.*, pars. 969 a 975.

67

Derecho de La Haya y artículo 3 común a las Cuatro Convenciones de Ginebra y considerado como parte del Derecho internacional consuetudinario.

68

Artículo 7, par. 3 del Estatuto de la CPI, Roma, 17 de julio de 1998.

69

Se define como "el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho internacional", artículo 7 párrafo 2 apartado f. En este mismo apartado se puntualiza: "(e)n modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo".

de las Leyes y Costumbres de la guerra, y así penalizar este tipo de actos de contravenir las Convenciones. El Tribunal justificó con posterioridad tal posición en el asunto Furundzija y validado en el caso *Tadic*⁶³. El Tribunal recurrió en ambos casos al artículo 3 del Estatuto, a pesar de no recoger ninguna referencia a la violencia sexual, como la disposición que cubre las serias violaciones de las normas de Derecho internacional humanitario. Finalmente, el Tribunal encontró a *Furundzija* culpable de violar las Leyes y Costumbres de la guerra por ultrajar la dignidad personal⁶⁴.

De otro lado, el artículo 4 del Estatuto del TIPR, le habilita para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas en tiempos de guerra y al II Protocolo adicional de 1977. El TIPR entró a tratar este problema en los casos *Akayesu* y *Musema*. En el asunto *Akayesu* mencionó por primera vez la violación del artículo 3 común a las cuatro Convenciones, inclusive por cargos de violencia sexual y terminó por reconocer que este tipo de abusos constituyeron violaciones de las Leyes y Costumbres de la guerra⁶⁵. Idéntica posición mantuvo en el caso *Musema*⁶⁶.

El tratamiento por estos tribunales de la violencia sexual contribuye al final de la invisibilidad de la mujer y la violencia sexual, y apunta nuevos desarrollos en la interpretación de relevantes normas de Derecho internacional humanitario, en especial de los abusos sexuales de mujeres como 'infracciones graves' de este sector del ordenamiento jurídico internacional. Se torna cada vez más necesario que la jurisprudencia internacional asegure que este tipo de violaciones constituyen crímenes de guerra.

V. NUEVOS DESARROLLOS EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto de Roma de 1998 en su artículo 8 párrafo 2, apartado e) pe-

naliza las infracciones graves de "las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados (...) que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos". Dicha disposición tiene una importancia capital porque no sólo se señala la obligatoriedad de respetar las "leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos"⁶⁷, sino que además codifica la existencia misma del conflicto desestructurado y, en un contexto proclive a la impunidad, se erige en un freno importante a la comisión de crímenes de guerra.

En aras de prevenir la impunidad, en especial de actos tales como la esclavitud sexual y otras formas de violencia, en distintas disposiciones del Estatuto de la CPI se incluyen de forma explícita las cuestiones relativas al género, los crímenes por motivos de género y la violencia sexual. A los efectos del Estatuto, se entiende que el término 'género' se refiere "a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de lasociedad"⁶⁸.

De un lado, la inclusión de los crímenes por motivos de género y de la violencia sexual en el Estatuto de la Corte guarda relación con los crímenes de lesa humanidad. En el apartado g) del párrafo 1 del artículo 7 se establece que entre los actos que constituyen crímenes de lesa humanidad figuran los siguientes: "(v)iolación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado⁶⁹, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable". Además, en el apartado c) del párrafo 2 del mismo artículo se dispone que la esclavitud, como acto que constituye un crimen de lesa humanidad, inclusive "el tráfico de personas, en particular, mujeres, niñas y niños". Hay una significativa ampliación de la violencia sexual como crimen contra la humanidad.

De otro, y resulta una novedad, el Estatuto de la CPI reconoce la violencia sexual como crimen de guerra. En el artículo 8 párrafo 2 b) xxii y e)



vi del Estatuto identifica como crímenes de guerra: los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual cometidos tanto en conflictos armados internos como internacionales. En estas disposiciones se reconoce que tales actos constituyen graves violaciones de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, incluido el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949. Este paso cualitativo permitirá calificar como crímenes de guerra los abusos sexuales que hasta el presente sólo se habían tipificado de manera indirecta.

En la actualidad, el Fiscal de la CPI ha abierto investigaciones en relación con Uganda (contra las atrocidades cometidas por los rebeldes del Norte), República Democrática del Congo, Costa de Marfil y Sudán (por Darfur)⁷⁰. En los cuatro casos, hay sospechas fundadas de cómo la violencia sexual es una de las herramientas de la guerra⁷¹.

En el pasado los abusos sexuales no fueron tratados de la misma manera que el resto de barbaries. Hoy, contamos con mecanismos de control que han sentado bases para prevenir la impunidad y evitar futuras violaciones. Sin duda, la Corte Penal Internacional tiene un largo camino que recorrer plagado de obstáculos (entre ellos la más que esperada falta de cooperación de los Estados) pero despierta esperanzas entre aquellos civiles que más han sufrido este tipo de abusos. Ello debería animar a los Estados a cooperar con la nueva Corte con el fin de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos, incluidas las de naturaleza sexual por el bien de la seguridad humana.

Las medidas para hacer frente a las atrocidades cometidas contra las poblaciones civiles, en especial contra las mujeres y los niños son una cuestión primordial en los procesos de establecimiento de la paz y reconciliación. Resulta oportuno reivindicar desde estas líneas un papel más activo de las mujeres en los procesos de paz y re-



conciliación⁷². De entre las actuaciones para prevenir futuras violaciones está la represión judicial de los crímenes internacionales además de otras medidas en los distintos planos económico, social, cultural y religioso. El fortalecimiento del respeto del Estado de Derecho impartiendo justicia no puede dejarse para la etapa posterior al conflicto, sino que debe abordarse durante el propio conflicto. La responsabilidad primordial del enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales sigue recayendo en los Estados. Sólo cuando el sistema judicial nacional no lo ha hecho o se muestra incapaz cabe pensar en otras alternativas: tribunales penales *ad hoc*, tribunales mixtos o incluso recurrir a la CPI. La idea de justicia contra los perpetradores representa un paso decisivo en la lucha contra la impunidad, y un esfuerzo por promover los valores de justicia, proceso justo y respeto del Estado de Derecho. Más aún, la justicia es un complemento esencial de la paz⁷³. Sin justicia ni hay paz, ni es posible la reconciliación. Las palabras de A. Truyol y Serra adquieren pleno sentido cuando al tratar de la necesaria represión de los crímenes internacionales escribió:

*“la paz se forja o se destruye en el corazón mismo del hombre, según reine en él la quietud o el desenfreno de los apetitos (...) una existencia colectiva dotada de valor supone una humanidad dotada también de valor”*⁷⁴.

70

Cuatro son las investigaciones abiertas por el Fiscal de la CPI, y no es pura casualidad que las cuatro correspondan a cuatro Estados de África: Uganda, Costa de Marfil y República Democrática del Congo. A estos tres debe añadirse la investigación del caso de Sudán remitido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, resolución 1593 (2005) de 31 de marzo, párrafo 1, al Fiscal de la CPI. Información disponible sobre el estado de estas investigaciones en www.icc-cpi.int/situations.html

71

La jurisdicción de la Corte es subsidiaria, y serán los tribunales nacionales los que primeramente tengan la obligación de investigar y procesar, y sólo cuando lo soliciten o el sistema judicial esté colapsado entrará en juego la jurisdicción de la CPI. Las jurisdicciones nacionales son las primeras que tienen que procesar y enjuiciar a los perpetradores y el papel que recae en ellas es de vital importancia.

72

Vid. Informe sobre la participación de las mujeres en la resolución pacífica de conflictos (2000/2025 (INI)), Ponente M. B. Theorin, Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, Parlamento Europeo, 20 de octubre de 2000. Doc. A5-0308/2000 Final.

73

WILLIAMS, P.R. and SCHARF, M.P. *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Nueva York/Oxford, Rowman and Littlefield Publishers, 2002.

74

TRUYOL Y SERRA, A. “Crímenes de guerra y Derecho natural”, *Revista Española de Derecho internacional*, 1948, vol. 1/1, p. 72 y 73.

Democracia y derechos de las mujeres en Marruecos: el nuevo Código de la Familia

POR ALICIA DEL OLMO GARRUDO.

Arabista. Experta en Género y Desarrollo en países árabes.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

DERECHO INTERNACIONAL

El 10 de octubre del año 2003, el rey Mohamed VI hizo pública la reforma del Código de Estatuto Personal, lo que provocó un gran revuelo mediático tanto dentro como fuera del país magrebí¹. Después de más de dos años de espera, se anunciaba la puesta en marcha de un nuevo Código basado en un espíritu en apariencia más igualitario entre hombres y mujeres. En este artículo se pretende realizar un breve análisis del proceso socio-político que ha llevado a la confección de este nuevo instrumento así como de las novedades jurídicas que aporta el documento, para finalizar con una aproximación al impacto y a la acogida que el anuncio ha tenido entre los principales actores de la escena política y social del país.

La evolución de lo acontecido desde 1998 hasta febrero de 2004 plantea muchos interrogantes sobre la actual situación política en Marruecos: ¿Se trata de un paso adelante por parte del Estado en el avance de la democracia y en concreto en lo que respecta a los derechos de las mujeres? ¿O en realidad se trata más bien de aprovechar un momento histórico para hacer un gesto significativo de cara al escaparate tanto nacional como internacional? Sea cual sea la respuesta a estos interrogantes, el análisis del discurso de los principales representantes de los partidos y organizaciones sociales marroquíes antes y después de la aprobación de la reforma, proporciona muchas pistas sobre aspectos tan diferentes como el papel de las mujeres en la sociedad marroquí, la relación de dicho papel con una identidad nacional cambiante, y la capacidad de la Monarquía para intervenir en el curso de los acontecimientos.

LOS ANTECEDENTES DE UNA REFORMA INESPERADA

En la mayoría de los países árabe-musulmanes existe lo que puede denominarse una *dicotomía jurídica*, ya que conviven códigos basados en los valores universales de igualdad de derechos, con instrumentos jurídicos inspirados en la ley religiosa islámica que consagra diferentes derechos a hombres y a mujeres. Así, se aplican los llamados Códigos de Familia que

¹

Véase la crónica de esas fechas en *El País*, "Mohamed VI hace historia al anunciar el fin de la poligamia y leyes a favor de la mujer", Madrid, 12/10/2003.



regulan las relaciones entre los miembros de la misma en aspectos como el matrimonio, el divorcio, la filiación y la herencia. La ideología que subyace a estos códigos considera a la persona más como miembro de una comunidad religiosa que como individuo independiente en el seno de la sociedad. Este marco es eminentemente patriarcal, y ello conlleva la subordinación de la mujer al hombre, lo que se contradice abiertamente con Constituciones o con otros códigos basados en el concepto de igualdad que están vigentes en la mayoría de estos países. Por esta razón, los Códigos de Familia siguen siendo actualmente el *caballo de batalla* de las asociaciones de derechos humanos y de muchas de las organizaciones de mujeres, ya que constituyen el mayor instrumento de perpetuación de la discriminación sexual.

Los Códigos de Familia están inspirados principalmente en la charia o ley islámica que a su vez se alimenta de dos fuentes principales, el Corán y los *hadices* del Profeta, es decir, los escritos que recogen los dichos y hechos de Mahoma, y que se utilizan para apoyar, aclarar o rechazar un dictamen jurídico. En algunos países, la *charia* se aplica directamente (p.e. Arabia Saudí, Qatar, Omán) y en la mayoría (Marruecos, Argelia, Túnez, Egipto, Jordania y Siria, entre otros) se han creado a lo largo del siglo XX los ya mencionados Códigos de Estatuto Personal o de Familia. Aunque la ley islámica es efectivamente su fuente principal, es patente en su redacción una gran influencia del derecho positivo occidental e incluso del derecho consuetudinario local. Este hecho constituye un argumento a favor de los reformistas, que no reconocen el carácter sagrado ni la inmutabilidad de dichos textos porque consideran que han sido influidos por otras fuentes de derecho no islámicas y que además fueron redactados por legisladores. Los opositores a las reformas sostienen, sin embargo, que la ley contenida en dichos códigos proviene directamente del mensaje divino y, por lo tanto, no puede ser modificada por el hombre.

Entre los derechos² reconocidos a hombres y a mujeres en los Códigos de Familia destacan, en el caso del marido, el derecho al repudio (o divorcio unilateral sin la intervención de un juez), a la poligamia, y a recibir el doble de herencia que la mujer. La mujer, por su parte, tiene derecho al divorcio aunque en la práctica encuentra muchas dificultades para llevarlo a cabo y tiene obligación de obedecer a su marido (*ta'at*). En la práctica, la mujer tiene una consideración de menor de edad a lo largo de toda su vida que se extiende incluso a una menor capacidad para testificar en un juicio.

La reforma de estos códigos constituye la principal reivindicación de muchas de las organizaciones femeninas y de derechos humanos en estos países. En el caso de las primeras, las peticiones de cambio tienen un enfoque diferente según el tipo de organización y el momento histórico al que nos refiramos. Las asociaciones feministas vienen reclamando desde los años ochenta un cambio que se acerque al concepto de igualdad de derechos entre los sexos. A ellas se han unido en los últimos años otras organizaciones femeninas de ámbitos como el desarrollo local, gremios profesionales, de partidos políticos, etc., que han fortalecido con su presencia las acciones de protesta y han enriquecido el debate con diferentes propuestas integradoras de la religión y los derechos universales. Hay que hacer una excepción en el caso de las mujeres islamistas, quienes normalmente no han considerado relevantes estas reformas y, cuando lo han hecho, ha sido para reivindicar una aplicación más acorde con la tradición religiosa islámica. En consonancia con estos grupos, las corrientes conservadoras más extendidas, se oponen a la modificación de los artículos y elementos que permiten la discriminación contra las mujeres (la poligamia, el repudio, la herencia, etc.) ya que consideran que su eliminación atentaría contra el carácter sagrado e inmutable de los textos basados en la tradición islámica.



2

Existen dos excepciones dignas de mención: Turquía, país en el que existe un código civil laico, y Túnez, donde gracias al "feminismo de Estado" del Presidente H. Bourguiba en los años 50, el repudio y la poligamia fueron abolidos. La herencia, sin embargo, siguió manteniendo su carácter discriminatorio.

3

Sobre el proceso de elaboración de la *Mudawana*, véase AL-AHNAF, M. "Le code du statut personnel", *Monde arabe Maghreb-Machrek*, n° 145, 1994, pp. 3-17.

4

RUIZ-ALMODOVAR, C. "El derecho de familia en los países árabes", *El imaginario, la referencia y la diferencia: siete estudios acerca de la mujer árabe*, Granada, Universidad de Granada, 1997, pp. 139-43.

5

CHARRAD, M. *States and Women's Rights The Making of Postcolonial Tunisia, Algeria and Morocco*, Berkeley, University of California Press, 2001.

6

Sobre la campaña orquestada por las asociaciones de mujeres, véase AL-AHNAF, M., *op.cit.* p. 9 y ss.

7

En una entrevista realizada por la autora en Rabat en julio de 1999.

8

El Banco Mundial financió la organización de estas reuniones, lo que fue utilizado posteriormente por los opositores a las propuestas por considerar que habían venido impuestas desde el exterior.

9

DEL OLMO, A. *Género y Desarrollo en Marruecos: El Plan de Acción para la Integración de las Mujeres en el Desarrollo*, Tesina de Master Género y Desarrollo, Instituto de la Mujer/UCM, (inédito), 2000.

10

FELIU, L., *El Jardín Secreto. Los defensores de los derechos humanos en Marruecos*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2004, p. 363.

11

Secretaría de Estado encargado de la protección social, de la familia y de la infancia (SEP), *Plan d'Action pour l'Integration des Femmes au Développement (Document provisoire)*, Rabat, 1999, p. 74.



El caso de Marruecos, que es el que nos ocupa en este artículo, constituye uno de los más interesantes y dignos de estudio de los últimos años, por el cambio que ha supuesto la derogación del antiguo Código de Estatuto Personal o *Mudawana* y la aprobación de un nuevo Código. La *Mudawana* fue promulgada en los años 1957-58 en cinco *dahíres*³ (decretos reales) para regular las relaciones de la institución familiar. Los derechos y deberes que se recogen en el texto no difieren mucho de los que aparecen en los demás códigos⁴, excepto en la existencia del tutor o *wali*. Esta figura, que perpetúa la condición de menor de edad de la mujer, está presente en los códigos inspirados en el derecho *maliki*, unas de las cuatro escuelas jurídicas musulmanas y la más extendida en el Magreb⁵.

En 1992, en pleno debate sobre la apertura política, la democratización de las instituciones y la revisión de la Constitución marroquí, se organizó una gran campaña para conseguir la reforma del Código. En 1993 y gracias a las grandes presiones ejercidas por las organizaciones de mujeres⁶, la *Mudawana* fue sometida a una modificación poco significativa que afectó a las disposiciones relativas a la poligamia, al repudio, al consentimiento del matrimonio y a la pensión alimentaria; además, se creó el Consejo de Familia, encargado de asistir al juez en sus decisiones. Aunque el principio de subordinación de la mujer al hombre se seguía manteniendo, la reforma tuvo un gran significado simbólico porque supuso la ruptura con la idea del carácter inmutable del texto sagrado, como afirmaba la dirigente feminista marroquí Amina Lemrini⁷.

A partir de ese momento, se han ido sucediendo en el país las campañas llevadas a cabo por asociaciones de mujeres para conseguir una reforma más profunda del Código. El punto culminante de estas movilizaciones llegó con la elaboración de un do-

cumento, el *Plan de Acción para la Integración de las Mujeres en el Desarrollo*, entre los años 1998 y 1999, que tuvo una importante repercusión en la sociedad marroquí.

Durante el periodo del Presidente Filali, a mediados del año 1998, se celebraron varios talleres de trabajo para elaborar un plan integral de mejora de la situación de las mujeres marroquíes. Asistieron representantes de los Ministerios implicados, de partidos políticos, de organizaciones de derechos humanos y de mujeres⁸. El Estado inicia entonces un proceso sin precedentes en el que participarán de manera especial las asociaciones de mujeres. Esta iniciativa se correspondía con el compromiso que el estado marroquí había adquirido al asistir a la Conferencia de las Mujeres celebrada en 1995 en Pekín, adhiriéndose a la denominada Plataforma para la Acción. Esta Plataforma obligaba a los países firmantes a elaborar planes de mejora de la situación de las mujeres en un plazo de pocos años. Marruecos inició este proceso en 1998 culminándolo en cierta manera en 2003 con el anuncio de importantes reformas jurídicas que afectan a la familia y, más concretamente, a la situación de las mujeres.

Siguiendo con la historia de elaboración del Plan, en el primer trimestre de 1999 se hace público el resultado de las reuniones entre gobierno y sociedad civil, un texto denominado *Plan de Acción para la Integración de las Mujeres en el Desarrollo* (en adelante el Plan)⁹. El documento, de unas cien páginas, aporta una descripción del estado de la cuestión en esos momentos en Marruecos, así como una serie de medidas propuestas en varias fases. Los ámbitos en los que se centra son el educativo, el laboral, el sanitario y el jurídico. Las medidas que se proponen en los tres primeros ámbitos pasaron prácticamente desapercibidas, pero no así las que se referían a la reforma de los artículos de códigos jurídicos considerados como discriminatorios contra las

mujeres. Entre todos ellos, adquiere especial relevancia el Código de Estatuto Personal o *Mudawana*, cuya modificación se convertirá en el principal punto de resistencia de los opositores a la aplicación del Plan.

Esta propuesta está inspirada en el enfoque de desarrollo humano sostenible que sitúa al ser humano en el centro del proceso de un desarrollo equilibrado. Para ello, se considera que la perspectiva de género es un instrumento de análisis imprescindible para conocer cómo determinadas políticas afectan de manera diferente a hombres y a mujeres. Al mismo tiempo, se pretende enmarcar la propuesta en los documentos internacionales sobre derechos humanos y derechos de las mujeres, en equilibrio con una lectura progresista del Islam, lectura que, como afirma Laura Feliu, aparece en el texto más una referencia de forma que de fondo¹⁰. En cualquier caso, la consideración de este aspecto será una cuestión vital para la futura defensa del Plan.

Según se recoge en el texto del Plan, la tradición islámica debe “*ser capaz de hacerse cargo de las mutaciones sociales, los imperativos del desarrollo socio-económico y de las exigencias de la democracia. Es por ello que, para asegurar la permanencia del Islam, religión tolerante, abierta y preocupada por la dignidad y la igualdad entre los seres humanos, válida para todos los tiempos y todos los espacios, sea necesario recurrir a la tradición jurídica islámica crítica e innovadora, fundada sobre el ijtihad (esfuerzo de interpretación que deben hacer los musulmanes para saber si una situación nueva está dentro de lo permitido por el Islam) y los maqasids (objetivos o fines de la charia). Las medidas propuestas coinciden por tanto con el referente religioso, el espíritu del texto coránico y los fundamentos del Islam*”¹¹.

Desde el momento de la presentación del Plan en sociedad, las reacciones desde todos los flancos no se hicieron esperar. Desde el guberna-



mental, el Ministerio de Habus y Asuntos Islámicos, que había estado presente en las reuniones, inició una serie de manifestaciones públicas contrarias al Plan y encargó un estudio a una comisión de expertos. El informe correspondiente confirmó, a su vez, los resultados de un estudio de la Liga de los Ulemas marroquíes, publicado anteriormente, según el cual el Plan se aparta de los preceptos del Islam en lo referente a la reforma de la *Mudawana*. El Plan es considerado como un instrumento para convertir a “la mujer musulmana en una fotocopia de la mujer en la sociedad occidental donde han desaparecido los valores de la fe, el respeto y la moralidad”¹². Con estas declaraciones mostraban su rechazo a lo que consideraban una imposición de las Naciones Unidas y el Banco Mundial en su “guerra de civilización emprendida contra la propagación del despertar islámico”¹³. Estos comentarios se convertirían posteriormente en acusaciones de mucha dureza que fueron utilizadas por los grupos islamistas también opuestos al Plan.

A partir de mediados de 1999, y coincidiendo con la muerte del Rey Hassan II, la sociedad civil marroquí y los partidos políticos se polarizan en dos frentes de apoyo (Red de Apoyo al Plan) y rechazo al Plan (Organismo para la Defensa de la Familia), claramente representados, respectivamente, en las manifestaciones de marzo de 2000 en Rabat y Casablanca¹⁴.

El Plan se convierte así en moneda de cambio entre partidos y gobierno, cayendo finalmente en el más absoluto olvido¹⁵. Los islamistas tuvieron la habilidad de conducir las discusiones al ámbito estrictamente religioso, en el que se erigían en los defensores de la más absoluta ortodoxia haciendo que muchas otras cuestiones sobre la vida de las mujeres desaparecieran del debate. Para Naima Benwakrim, miembro del Comité Ejecutivo de la asociación *Jossour Forum de Mujeres*, el gobierno no había asimilado el trasfondo

ideológico del Plan de una manera real, sino que la cuestión de la mujer se había convertido en una formalidad que además le producía demasiados problemas¹⁶. Pero según afirman Muhamad Yunyar y Muhamad al-Ayadi¹⁷, dos expertos que realizaron un informe de evaluación sobre la aplicación del Plan para el Banco Mundial en el año 2002, el Plan (exceptuando las reformas jurídicas) habría sido aplicado por partes y desde diferentes Ministerios. En cualquier caso, queda la duda (ya que el informe no se ha hecho público) de qué tipo de aplicación es la que se ha llevado a cabo y qué presupuesto ha sido destinado para esos fines.

En el ámbito jurídico, la cuestión parece reavivarse en marzo de 2001 cuando el rey Mohamed VI anuncia la creación de una Comisión Real de reforma de la *Mudawana*, constituida por ulemas y magistrados. Después de un periodo de incertidumbre y de paralización de más de dos años en el trabajo de la Comisión, el rey anuncia los resultados el 10 de octubre de 2003 y para sorpresa de muchos, la reforma que se presenta es de “corte progresista”. La Comisión, cuyo presidente fue sustituido a mitad del proceso, parecía ser bastante conservadora en su composición¹⁸ y las asociaciones de mujeres esperaban poco de sus resultados. Finalmente, las conclusiones han sido mayoritariamente aceptadas, lo que no deja de sorprender debido a la gran cantidad de manifestaciones que se habían producido en contra.

EL NUEVO CÓDIGO DE LA FAMILIA MARROQUÍ: INGENIERÍA JURÍDICA O REFORMA DE COMPROMISO

Tras el anuncio del Rey, se inició en enero de 2004 un proceso de deliberación ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Parlamento marroquí en el que los partidos políticos presentaron 162 enmiendas al proyecto. 110 de ellas

fueron aceptadas, si bien ninguna modificaba sustancialmente las reformas propuestas por la Comisión Real. La consulta ante la Cámara de representantes, a pesar de que tuviera poca posibilidad de producir cambios significativos en el texto, fue interpretada por algunos políticos como un gesto de respeto y consideración real a las instituciones democráticas. Uno de los debates más destacados por la prensa marroquí fue el que se produjo entre los representantes del Partido islamista de la Justicia y el Desarrollo (PJD) y el Ministro de Asuntos Islámicos, Ahmed Tawfiq, en torno a la cuestión de la poligamia. Los representantes del PJD aducían, ante los escollos que se ponían al ejercicio de la poligamia, que “hay hombres que no pueden contentarse con una sola esposa” y “llegados a cierta edad, sucumben más fácilmente a las tentaciones”¹⁹. Las reivindicaciones de los islamistas a este respecto tan sólo sirvieron para dar pábulo a la prensa más crítica, ya que no fueron tenidas en cuenta ni siquiera por el mencionado Ministro, de talante más liberal que su antecesor en la cartera, Abdelkebir A. M’daghri, cuyas posturas conservadoras se pusieron de manifiesto en los años anteriores durante la discusión del fallido Plan.

Finalmente, la Ley 03.70 derivada del *dahir* 22.04.1., entró en vigor el 5 de febrero de 2004 tras su publicación en el Boletín Oficial del Reino (BORM) en un tiempo record, ya que normalmente es necesario que transcurra un mes entre la publicación y la aplicación de una ley. El nuevo instrumento jurídico cambia su nombre de “Código de Estatuto Personal y de Sucesiones (*Mudawana*)” a “Código de la Familia”, equiparándose a la terminología utilizada en otros países musulmanes.

El nuevo Código recoge muchas de las reivindicaciones que las asociaciones de mujeres (excepto las islamistas) y de derechos humanos habían vertido en el Plan, aunque



12 Ministerio de Habus y Asuntos Religiosos (MHAR), *Tagrir al-lachna al-'ilmiya hawl ma summia bi-l-jutta-l-wataniya li-idmach al-mar'a fi-tanmiya/Informe de la comisión científica sobre el llamado Plan de Acción de Integración de las Mujeres en el Desarrollo*, Rabat, 1999, p. 3.

13 *Op. cit.* p. 2.

14 Según la prensa, la concentración más numerosa fue la que organizaron los opositores al Plan en Casablanca con una gran presencia de islamistas. Aunque las cifras son bastantes confusas, se llegó a hablar de un millón de manifestantes en Casablanca frente a 250.000 en Rabat.

15 DEL OLMO, A. "El Plan de Acción para la integración de las Mujeres en el Desarrollo en Marruecos: La historia de un -fracaso útil-", *Atlas de la inmigración en España*, Madrid, OPI/UAM, 2004, p. 75.

16 En una entrevista realizada por la autora en Rabat en noviembre de 1999.

17 En sendas entrevistas realizadas por la autora en octubre de 2002 (Casablanca) y mayo de 2004 (Madrid) respectivamente.

18 *Rapport parallèle des ONG au rapport périodique du gouvernement du Maroc. Sur la mise en œuvre de la convention CEDAW*, Rabat, 2003.

19 *Le Journal Hebdomadaire*, Rabat, 14/01/2004.

20 *Code du Statut Personnel et des Successions*, Casablanca, al-Wahda al-Arabiya, 1993, Edición bilingüe francés-árabe, p.5.

21 *Op. cit.*, p. 11.

22 Red de apoyo al Plan, *Legitimité des mesures proposées par le Plan National d'Intégration de la Femme au Développement*, Rabat, 2001, p. 18.

con matices en ocasiones ambiguos a la hora de tratar los artículos controvertidos. A continuación aparece una relación de las principales propuestas del Plan comparadas con las reformas que finalmente fueron acometidas por la Comisión Real y que se recogen en el nuevo Código.

El principio de corresponsabilidad en el matrimonio

No hay ninguna referencia concreta en el Plan sobre el artículo 1 del viejo código en el que se define el matrimonio como una institución bajo la dirección del marido²⁰. En el artículo 5 del nuevo código se reconoce que el matrimonio es una institución que se organiza bajo la dirección de los dos esposos conforme a las disposiciones de ese reglamento. Se elimina además cualquier referencia a la obligación legal de obediencia (*ta`a*)²¹ de la mujer a su marido, recogida en el artículo 36 de la antigua *Mudawana* y que constituía uno de los mayores ejemplos del espíritu discriminador del texto.

Asimismo, en el artículo 51 de este nuevo texto se establecen los derechos y deberes recíprocos entre esposos sin hacer diferencias entre ellos. También se suprime el principio por el cual una mujer debe estar bajo la protección de un varón de su familia. Estos artículos son los que más importancia tienen desde el punto de vista simbólico y los que han sido más celebrados por las feministas marroquíes. El termino "igualdad" no ha sido incluido en la redacción del nuevo texto jurídico ya que siempre se consideró, por los más tradicionalistas, enfrentado al concepto islámico de "complementariedad de roles" en el seno del matrimonio. Aunque el término no aparezca formalmente, esa ha sido la lectura que se ha hecho desde los frentes más progresistas de la sociedad civil. Como se verá más adelante, este objetivo de igualdad es más ambiguo de lo que parece porque no se han eliminado algunos derechos masculinos que resultan claramente discriminatorios.

La modificación de la edad del matrimonio para las mujeres

En el artículo 8 del antiguo texto de la *Mudawana*, se recoge que la edad mínima para el matrimonio en el caso de las mujeres es de 15 años. En la actualidad la edad ha sido equiparada a la de los hombres a 18 años como norma general (art.9), aunque se dejan las excepciones al veredicto de un juez. En el documento del Plan ya se proponía esta modificación, pues desde el punto de vista religioso no existía ningún tipo de justificación en su contra²², y se asumía que el matrimonio a edad temprana resultaba muy perjudicial para las niñas en lo relativo a su educación y proceso de maduración.

La eliminación de la *wilaya* o tutela matrimonial obligatoria

El Plan proponía la conversión de la figura del *wali* en una elección para la mujer de una forma más evidente que la recogida en la *Mudawana* tras la reforma de 1993. El nuevo código responde así a esta reivindicación en el artículo 25, reconociendo que la *wilaya* es un derecho de la mujer que se ejerce según su elección y su interés. Se asume que la situación social de la mujer ha evolucionado mucho durante las últimas décadas y que el tener un tutor impuesto ya no se corresponde con su papel autónomo y responsable en la sociedad.

La limitación del derecho al repudio

Esta figura es una de las más controvertidas y discutidas de la *Mudawana*, ya que queda bastante clara en las fuentes religiosas en tanto que uno de los derechos del esposo. Considerando que el repudio deja a las mujeres y a la familia en una situación de precariedad extrema, el Plan solicitaba su eliminación y sustitución por un divorcio judicial en pie de igualdad entre los dos esposos. Esta medida debía verse acompañada por una am-



pliación del contenido de la pensión alimentaria al domicilio conyugal cuando la esposa tuviera la custodia de los hijos, así como el derecho de la mujer a conservar la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio²³.

La postura de los reformadores en este caso ha sido un tanto ambigua: el nuevo texto consigue mejorar la situación de las mujeres mediante nuevas medidas sin suprimir la figura del repudio en sí misma. Los requisitos que existían en los artículos 44 y 48 de la antigua *Mudawana* se ven reformados en cuanto a la obligación de que un tribunal (y no un juez) autorice previamente el repudio de un hombre sobre una mujer. Por lo tanto, esta figura sigue existiendo aunque se ponen muchas trabas al procedimiento de repudio verbal y se intenta proteger los derechos de la esposa y de los hijos en cuanto a manutención y bienes antes de que se consume el repudio. Asimismo, se fortalecen las medidas para intentar la reconciliación entre los esposos. Se establece el divorcio judicial en el artículo 78 según las condiciones que establece el código, lo que deja la puerta abierta al caso anterior pero permite también a la mujer solicitar el divorcio (artículos 99, 100 y 101, 102). Igualmente, aparece por primera vez la figura del “divorcio consensuado” y bajo supervisión judicial entre esposos (artículo 114).

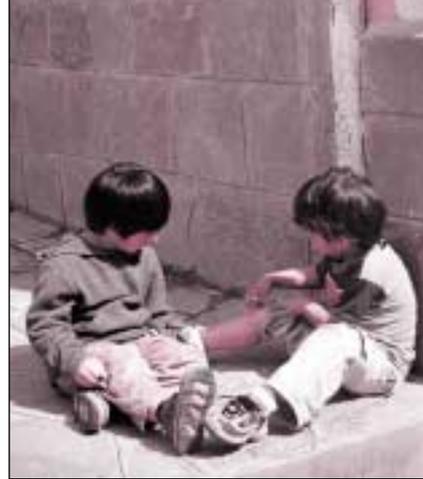
Sigue manteniéndose el divorcio *al-jul'*, en el que la mujer se ve obligada a pagar por su libertad la parte correspondiente a la dote del matrimonio. Este tipo de divorcio por compensación queda regulado ahora en el artículo 120, sometiendo la cantidad a percibir por el marido a la decisión de un juez. Si bien es cierto que se ha mejorado bastante la situación de casi absoluta indefensión que tenían las mujeres anteriormente, también lo es que no se ha optado por anular definitivamente el derecho unilateral del marido al repudio sino tan sólo por vaciarlo de contenido específico.

La restricción de la poligamia

Aunque la poligamia afecta a un porcentaje mínimo de mujeres en Marruecos (menos del 1%), esta figura es, por su carácter discriminatorio, una de las más significativas desde el punto de vista simbólico al ser considerada como un derecho de carácter sagrado para el hombre. El Plan consideraba que esta práctica tiene unas consecuencias nefastas para la primera esposa y sus hijos y que es necesario suprimirla sometiendo las excepciones a la opinión de un juez y al consentimiento de la primera esposa²⁴.

Este derecho aparecía en la antigua *Mudawana* de manera poco detallada en los artículos 30, 31, 35 y 41²⁵, en los que sólo se menciona la obligación del marido a informar a ambas esposas de sus intenciones y de su estado civil. Asimismo, la futura esposa tenía el derecho de exigir en el acta de matrimonio que su marido no tome una segunda esposa. En el nuevo Código, el art. 40 prohíbe la poligamia cuando se pueda producir una injusticia entre los esposos. En realidad, esta apreciación también existía en el antiguo código aunque de una manera más superficial, lo que quiere decir que no se ha optado por una prohibición total sino por la creación de trabas jurídicas y de procedimientos penosos para su ejercicio.

Desde ahora, la poligamia no será autorizada por un juez a no ser que el marido sea capaz de demostrar que tiene los suficientes recursos para mantener a las dos familias y tratar de manera igualitaria a las dos mujeres (art. 41). En los arts. 42, 43, 44, 45 y 46 se recogen todos los detalles sobre el proceso de notificación que el esposo debe llevar a cabo con sus mujeres delante de un tribunal y la posibilidad de que la primera esposa solicite el divorcio por prejuicio sobrevenido si no está de acuerdo con la nueva situación.



La conclusión es que la poligamia sigue existiendo aunque se le hayan puesto enormes trabas. En este caso, como en la mayor parte de las medidas de la nueva reforma, los jueces tienen una gran capacidad de influir sobre la decisión final porque la ambigüedad de los artículos les otorga un gran margen de manobra. Como en el caso del repudio, se ha optado por una reforma de contenido sin eliminar la figura de la poligamia, ya que esto habría suscitado un gran descontento entre los más conservadores, para quienes se trata de un derecho otorgado al varón en el propio Corán.

La custodia de los hijos

Se iguala la edad de los hijos e hijas a 15 años (art. 166) para decidir sobre su custodia, lo que cumple con la recomendación que al respecto se hacía en el Plan. En el antiguo Código, esta edad era desde los 12 años para los varones y desde los 15 para las mujeres (artículo 102). Asimismo, se observa el derecho de la madre a casarse de nuevo sin perder la custodia de sus hijos e hijas. Esta reforma permite, bajo condiciones, que la mujer divorciada conserve la custodia de sus hijos aun después de casarse o si decide trasladarse de localidad (artículos 171 y 175).

Por primera vez, han sido ampliados los derechos de los hijos e hijas (artículo 54) en acuerdo con la Convención Internacional de los Derechos del Niño ratificada por Marruecos. Desde este momento además de la pensión (*nafaqa*), se fija como concepto separado la cantidad dirigida a conseguir que el niño o la niña tengan un hábitat decente tras el divorcio.



El reparto de bienes conyugales después del divorcio

La propuesta de establecer el régimen de bienes gananciales en el matrimonio hecha por el Plan ha sido recogida en el nuevo Código en tanto que opción para los esposos. El artículo 49 permite la posibilidad de que los esposos se pongan de acuerdo sobre esta cuestión y lo constaten en un documento separado al acta de matrimonio.

Otros aspectos novedosos de la reforma

Son la ampliación de los recursos para el **reconocimiento de la paternidad** fuera del matrimonio (art. 156) o la posibilidad de que los nietos/as

hereden de su abuelo materno lo mismo que del paterno (art. 369).

Como se ha señalado anteriormente, algunos de los artículos del nuevo código responden ampliamente a las reivindicaciones femeninas mientras que otros dejan a la decisión de un juez el veredicto final. La cuestión es que los jueces marroquíes son hombres, en su mayoría sin una gran sensibilidad o formación en estas cuestiones y de mentalidad conservadora. Por este motivo, una de las medidas de acompañamiento anunciadas en los primeros momentos ha sido la formación de 500 jueces especializados²³ y la confección de una guía de uso para todos los profesionales de la justicia. Asimismo, se ha propuesto la puesta en marcha de 50 tribunales de familia que se suman a los 20 ya existentes en el país.

A lo largo de los últimos meses del año 2004, se han organizado numerosos talleres nacionales y regionales dirigidos al personal de justicia así como campañas de sensibilización a través de los medios de comunicación. Desde las asociaciones de mujeres se están llevando a cabo a lo largo y ancho del país numerosas actividades de concienciación dirigidas especialmente a las mujeres analfabetas y con menos acceso a la información. Estas ONGs están trabajando la sensibilización a través de la producción artística, obras de teatro, seminarios, conferencias, etc.

LOS DISCURSOS RELATIVOS A LA REFORMA: UN CONSENSO INESPERADO

El proyecto de reforma, que fue terminado de manera acelerada y presentado en la alocución real del día 10 de octubre de 2003, produjo numerosas reacciones entre los representantes de los partidos políticos y de las principales asociaciones. La impresión general de los entrevistados, recogida en los periódicos de esos días, es de una absoluta satisfacción con los resultados de la Comisión Real. Como se ha señalado anteriormente,

las reformas se acercan más a las propuestas de los grupos de mujeres y de asociaciones de derechos humanos que a las facciones más conservadoras que habían mostrado su rechazo a estas propuestas en tiempos anteriores. Desde el propio gobierno de Driss Jettu, las manifestaciones de elogio hacia el nuevo código han sido numerosas desde que se hizo público el proyecto, haciendo especial hincapié en la gran armonía existente entre la tradición religiosa y los valores universales. El mismo Ministro de Estado, M. Abbas el-Fasi, afirma que “Marruecos permanece fiel a los preceptos del Islam y se incluye en el proceso de emancipación de la mujer marroquí, demostrando sus compromisos con la comunidad internacional y especialmente en lo referente a la CEDAW”²⁴. En este caso, por lo tanto, no se han producido como en el periodo de discusión del Plan, críticas provenientes del Gobierno ya que incluso el renovado Ministerio de Habus y Asuntos Religiosos parece mostrar su beneplácito al respecto.

Desde la sociedad civil las declaraciones de apoyo también se han hecho sentir. Las representantes de las asociaciones de mujeres y en especial las feministas, dieron su visto bueno a las nuevas medidas. Así, la *Comisión Nacional de coordinación de asociaciones femeninas*²⁵ y el *Comité de coordinación de mujeres miembros de partidos políticos*²⁶ reconocen que las reformas satisfacen la mayor parte de las aspiraciones de las asociaciones femeninas, al tiempo que consagran los valores sagrados del Islam y los principios universales en materia de derechos humanos. Las militantes de las asociaciones feministas más respetadas y combativas, algunas de ellas incluidas en las anteriores, también expresan su conformidad con el nuevo proyecto. Leila Rhiwi, presidenta hasta 2003 de una de las organizaciones más comprometidas, la *Asociación Democrática de Mujeres de Marruecos* (ADFM) y de la iniciativa pro-reforma *Primavera de la Igualdad*, considera que la filosofía y el espíritu del texto constituyen un gran avance pa-

23

Secretaría de Estado encargado de la protección social, de la familia y de la infancia (SEP). *Plan d'Action National pour l'Integration des Femmes au Développement (Document provisoire)*. Rabat, 1999, p. 75.

24

Op. cit., p. 76.

25

Code du Statut, pp. 10, 11 y 13.

26

Laâbi, C. *Maroc: Code de la famille: ce qui va suivre*, 2004, www.wluml.org.

27

MAP, Rabat, 05/11/03. La CEDAW es la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, adoptada y abierta a la ratificación y adhesión, por la Asamblea de Naciones Unidas en 1979.

28

Esta comisión está formada por diversas asociaciones femeninas de carácter progresista aunque no todas ellas podrían ser calificadas de feministas. No incluye, sin embargo, la presencia de organizaciones islamistas.

29

Este comité lo integran las representantes de la *Unión Socialista de Fuerzas Populares* (USFP), *Frente de Fuerzas Populares* (FFD), *Movimiento Popular* (MP), *Partido Socialista Democrático* (PSD), *Partido del Progreso y el Socialismo* (PPS), *Agrupación Nacional de los Independientes* (RNI) y el *Istiqlal*. Muchas de ellas habían participado activamente en las campañas pro-reforma del código.



ra las mujeres aunque todavía queda mucho camino por recorrer³⁰. Latifa Jbabdi, histórica presidenta de la *Unión de la Acción Femenina* (UAF), va más allá al considerarlo un salto cualitativo en la historia de la familia marroquí y en el proceso de transición democrática en el que se ha comprometido Marruecos³¹.

Estas organizaciones de mujeres han reconocido en las reformas la recompensa a tantos años de lucha y reivindicaciones, en los cuales se había optado, bien por estrategia o bien por convencimiento religioso, por abandonar la vía de una propuesta de código laico tal y como ocurre en otros países del Magreb, en los que existen grupos feministas que persiguen la aplicación de un código civil basado en los derechos universales. Ese es el motivo de que acepten este nuevo Código, a pesar de que mantenga algunos principios claramente discriminatorios contra las mujeres, como el repudio, la poligamia, el divorcio por compensación o la flagrante desigualdad en el disfrute de la herencia familiar. Es decir, el espíritu de igualdad que, según las feministas, existe en el nuevo código, debe llevar a la modificación del mismo para eliminar todo resto de práctica discriminatoria. Otros instrumentos jurídicos deberían ser revisados en este mismo sentido, como el código de la nacionalidad, que prohíbe a la mujer marroquí casarse con un no musulmán, en abierta y clara discriminación respecto del hombre, para quien sí está permitido.

El balance que hicieron las dos principales organizaciones de derechos humanos fue también positivo aunque con matices diferentes. La *Organización Marroquí de Derechos del Hombre* (OMDH) alabó el espíritu integrador entre tradición religiosa y derechos humanos que mostraba el nuevo Código, mientras la *Asociación Marroquí de Derechos del Hombre* (AMDH) insistía en la necesidad de seguir trabajando en la mejora de la situación de las mujeres inspirándose de manera principal

en el referente universal. De hecho, las mujeres de esta organización son las únicas que plantean abiertamente la aplicación de un código civil laico en Marruecos.

Mientras estas reacciones eran bastante esperables, los islamistas sorprendieron con sus declaraciones tras el anuncio del nuevo código. La mayor parte de las propuestas que se recogían en el Plan y que entonces fueron objeto de las más agrias críticas por su parte, han sido ahora incluidas en el nuevo código. Si tenemos en cuenta que en los años anteriores el *Partido de la Justicia y el Desarrollo* (PJD) ni siquiera consideraba necesaria la reforma de la *Mudawana* y que las propuestas que aparecían en el Plan eran tachadas de inmorales, no dejan de sorprender las palabras de Mustafá Ramid, presidente del grupo parlamentario de este partido a finales de 2003, haciendo las siguientes declaraciones:

*Lo que ha caracterizado el discurso de Su Majestad el Rey es que el Soberano ha subrayado que en su calidad de Príncipe de los Creyentes, no puede autorizar lo que Dios ha prohibido ni prohibir lo que el Altísimo ha autorizado. S.M. el Rey ha afirmado que estas modificaciones han sido introducidas tomando en consideración las finalidades de la charía que tienen como objetivo instaurar la justicia entre la gente y en el seno de la familia. El enfoque adoptado (...) no pretende apoyar a unos contra otros sino liberar a la mujer de la injusticia, preservar los intereses de los niños y la dignidad del hombre*³².

El respaldo del Rey proporciona el argumento clave para que la reforma sea aceptada desde todos los sectores de la sociedad, gracias a su condición de Comendador de los Creyentes. El hecho de haber sido “vendido” como proyecto de reforma de factura exclusivamente marroquí, sin intervención externa, ha hecho que sea, al menos en el discurso, más fácil de asimilar por los oponentes a la reforma. Como queda dicho, las declaraciones de

Ramid contradicen las realizadas durante los años anteriores. El parlamentario islamista consideraba que las propuestas del Plan llevarían a la sociedad marroquí a caer en costumbres inmorales. Por ejemplo, la propuesta de elevar la edad del matrimonio para las mujeres a 18 años equivalía, en su opinión, a animar a la sociedad a la práctica de relaciones pre-matrimoniales, así como a negar opciones a las niñas nacidas en familias pobres. Por otro lado, la restricción de la poligamia, además de ir en contra de la religión, animaría a los hombres a practicar la infidelidad conyugal³³.

Resulta interesante estudiar algunos puntos del informe que la sección femenina de este partido presentó en 2001 a la Comisión Real³⁴. En él se propone, entre otras cosas, el refuerzo de la figura del papel obligatorio del tutor, el mantenimiento de la obediencia de la mujer al hombre, o la eliminación de trabas para la práctica de la poligamia o el repudio. No habiendo sido aceptadas estas propuestas por la Comisión, resultan en cierto modo contradictorias las palabras de Basima Hakkaoui, miembro de la secretaria general del partido y presidenta de la *Organización para la Renovación de la Conciencia Femenina*, cuando afirma que “el discurso real ha aportado las modificaciones que esperábamos desde hace

30

Femmes, encore un effort en <http://www.jeu-neafrique.com>

31

MAP, Rabat, 05/02/04.

32

MAP, Rabat, 11/10/03.

33

En una entrevista realizada por la autora en Rabat, Casablanca, julio de 1999.

34

Sección femenina del *Partido de la Justicia y el Desarrollo* (PJD), *Mudakkira hawl-ta`dil Mudawana al-ahwal ashajsiya/Informe sobre la reforma del código de estatuto personal*, Rabat, 2001.

35

MAP, Rabat, 11/10/03.



tiempo. El espíritu del justo medio, de la moderación y de la imparcialidad ha presidido su elaboración (...). Creo que Marruecos se orienta hacia la modernización y el desarrollo sin por tanto contradecir las enseñanzas de la charia. Incluso si se caracterizan por una cierta audacia jurídica, estas reformas respetan los preceptos de la charia”⁸⁵.

La otra gran organización islamista, *Justicia y Caridad*, liderada por el Jeque Abdesalam Yasín y su hija Nadia, también ha tenido una respuesta favorable al nuevo código a pesar de haber participado de forma multitudinaria en la manifestación de marzo de 2000 en Casablanca, en la que movilizaron a las bases (y especialmente a las mujeres) contra la aplicación del Plan. Sin embargo, sus declaraciones posteriores no fueron en contra de las reformas sino del proceso de elaboración del documento, las instituciones y en general de todo el sistema político marroquí.

La diferencia entre estos discursos antes y después del anuncio real puede deberse a varias causas. En primer lugar y según una opinión generalizada en Marruecos, los islamistas se encontrarían en una posición de debilidad moral tras los atentados de mayo de 2003 en Casablanca, que habría sido aprovechada por el estado para hacer avanzar la reforma del código en la dirección en la que finalmente se ha hecho. En segundo lugar y al menos en lo que respecta al *PJD*, que reconoce la autoridad religiosa de la Monarquía, hubiera sido bastante arriesgado poner en cuestión unas propuestas respaldadas por la institución Real.

CONCLUSIÓN

El avance en los derechos de las mujeres es una de las piezas primordiales en el lento y en ocasiones contradictorio proceso de democratización en Marruecos. Los temores y las reticencias para modificar un sistema en el que la mujer simboliza la salvaguardia de la identidad religiosa y cultural se entremezclan con

los intereses políticos, lo que dificulta el éxito de cualquier propuesta de cambio significativo. En el caso de este nuevo Código de la Familia, se ha optado por una solución de consenso, potencialmente aceptable desde todos los frentes, el político, el social y el religioso.

Desde el punto de vista jurídico, se ha elegido una fórmula que tiene la virtud de no atentar contra lo teóricamente dispuesto en la ley religiosa, ya que no se prohíbe nada esencial de una manera rotunda. Al mismo tiempo, y gracias a la capacidad de actuación que se les da a las figuras de los jueces y de los tribunales, se modifica muy favorablemente la situación de las mujeres ante la Ley. La aplicación práctica, los mecanismos institucionales que se creen y la formación de los recursos humanos, serán decisivos para que este nuevo instrumento jurídico marque la diferencia con respecto al anterior.

No obstante, la existencia de artículos claramente discriminatorios hace que el pretendido espíritu de igualdad de derechos y obligaciones entre los sexos quede en ocasiones bastante mermado. Estas rémoras tendrán que ir desapareciendo si se pretende conseguir un cambio cualitativo en el tema de fondo, que no es otro que la evolución de las mentalidades en lo que respecta a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

Además de la actuación institucional, hay que valorar cuál está siendo y será en el futuro el papel de la sociedad civil en todo el proceso de información y sensibilización de la población. Las organizaciones femeninas (y especialmente las feministas) y de derechos humanos están realizando actividades que se sitúan tanto en el ámbito urbano como en el rural. No se tienen tantas noticias, sin embargo, de las acciones que estén emprendiendo los y las islamistas al respecto. Su gran implantación en las clases populares hace que sea importante conocer

la posible transmisión de la información que estén haciendo estos partidos y asociaciones para comprender hasta qué punto se sienten identificados con las nuevas normas y las consideran útiles e irreversibles.

También se constata una vez más la capacidad incuestionable de la monarquía para intervenir en determinados momentos de la historia de Marruecos. Hasta ese momento, la impresión general había sido que el poder no se mostraba especialmente sensible a las reivindicaciones femeninas a tenor de la paralización de los trabajos de la Comisión Real sobre la reforma de la *Mudawana*. Sin embargo, el repentino cambio de dirección hace pensar que las circunstancias históricas creadas a nivel internacional y nacional tras los atentados terroristas de los últimos años han sido aprovechadas para impulsar ciertos cambios que podrían ser leídos como un avance democrático desde el exterior y una reafirmación del poder del estado desde el interior. Así, se aprovecha la ocasión para dar publicidad a una imagen “moderna” de Marruecos al tiempo que se intenta situar a los islamistas en sus justos límites. El interés que el poder pueda tener en mejorar la vida de las mujeres ha sido más bien relativo a lo largo de la historia de Marruecos: cuando hubo opción para elegir una vía de avance, con frecuencia se optó por la menos favorable y más conservadora hacia las mujeres. En esta ocasión, la causa femenina se ha utilizado para dejar claro el espíritu moderno y democrático del país magrebí; tan sólo hay que esperar que no se quede en una mera campaña de imagen sino en una mejora general de la situación de la sociedad marroquí y en especial de sus mujeres.



Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea



1

La familia es considerada “el elemento natural y fundamental de la sociedad” en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos. Como tal derecho humano es recogido en la Convención europea de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. En concreto su artículo 8 consagra “el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Artículo 7.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2

DOCE 16 de diciembre de 2004 (DO C 310). Artículo II-67. Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

3

Declaración de la Conferencia Intergubernamental de 1992 (TUE) relativa a la nacionalidad de un Estado Miembro: “La Conferencia declara que, cuando en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados Miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al derecho nacional del Estado Miembros de que se trate”.

4

DOCE L 158 de 30 de abril de 2004.

5

DOCE L 16 de 23 de enero de 2004. FACH GÓMEZ, K. “Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 2, 2003, p. 53 y ss.

6

Vid. textos citados en nota 1. ARRIAGA IRABURU, I. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*. Pamplona 2003.

7

MUIR WATT, H. “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation”. *Mundialización y familia*, Madrid 2001, p. 11 y ss. RODRIGUEZ BENOT, A. “Sucesión mortis causae y modelos de familia en el tráfico jurídico externo”. *El derecho de familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*. Madrid 2004. p. 682 y ss.

POR ELENA ZABALO ESCUDERO.

Catedrática de Derecho Internacional Privado.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

**1**

El objeto de este análisis es poner en relación el derecho a la vida familiar como derecho fundamental de toda persona, internacionalmente reconocido¹ y que queda proclamado ahora también en el texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa², con la incidencia que en su disfrute y ejercicio puede tener la movilidad internacional de personas, propia de una sociedad europea moderna y desarrollada, receptora de inmigrantes y que tiene como uno de sus pilares básicos la libertad de circulación.

La Unión Europea registra básicamente dos tipos de desplazamientos internacionales de personas: los desplazamientos en el territorio de la Unión (desplazamientos intracomunitarios) y los desplazamientos hacia el territorio de la Unión (inmigración).

Los primeros, se realizan principalmente al amparo de la libertad de circulación de personas de la que son titulares directos los nacionales de los Estados Miembros. El origen de esta libertad se remonta al Tratado de Roma de 1957 por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea y se reformula, a partir de las modificaciones introducidas por Tratado de Maastrich de 7 de febrero de 1992, como uno de los derechos del ciudadano europeo (artículo 18.1 del Tratado de la Comunidad Europea), entendiéndose por tal, aquel que ostenta la nacionalidad de cualquier Estado Miembro³.

El art. I-10.1 de la Constitución europea mantiene así el concepto de ciudadano europeo, considerando esta ciudadanía como condición “que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. Pues bien, como derecho integrante de la ciudadanía el nuevo artículo I-10.2 reconoce el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, derecho que a su vez se desarrolla en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

incorporada a la Constitución (artículo II-105.1). Pero ésta añade un apartado 2 al mismo artículo en el que establece que se podrá conceder libertad de circulación y residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro. Se abren así las puertas para extender, por tanto, el derecho a la libre circulación y residencia, también a los nacionales de terceros Estados, inmigrantes, establecidos legalmente en uno de los países miembros de la Unión Europea.

Respecto a ellos, y en relación con la política de inmigración, el artículo III-267 de la Constitución afirma que estará destinada a garantizar el trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, previéndose el establecimiento de medidas, mediante ley o ley marco europea, relativas a las condiciones de entrada y residencia, reagrupación familiar, y condiciones que rigen la libertad de circulación y residencia de los residentes en los demás Estados miembros.

Quedan así recogidas en el texto de la Constitución europea las bases del desarrollo de la movilidad intracomunitaria de personas, ya sean nacionales de los Estados miembros y por tanto gocen de los derechos propios de la condición de ciudadanos, o nacionales de terceros países.

En el Derecho comunitario vigente dos Directivas se ocupan ya de articular el marco jurídico relativo al ejercicio de estos derechos. Los desplazamientos de los ciudadanos comunitarios son objeto de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁴; mientras que la movilidad intracomunitaria de los nacionales de terceros países se desarrolla en la Directiva del Consejo, de 25 de noviembre de 2003,

relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁵. Ambas regulan el derecho de los miembros de la familia, con independencia de su nacionalidad, a acompañar al titular en los desplazamientos que contemplan.

2

Los desplazamientos de personas presentan obvias repercusiones sobre la vida familiar. El derecho a la vida familiar es un derecho fundamental de toda persona, siendo la familia objeto de protección en diversos textos internacionales, y ahora también, en el de la Constitución Europea. La propia Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tras calificar a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad establecen su derecho a ser protegida por el Estado. La Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconocen directamente el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, derecho que fue reproducido en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y finalmente incorporado a la Constitución europea⁶.

Obsérvese así que la Constitución Europea reconoce el derecho al respeto de la vida familiar de toda persona, como derecho fundamental, sea ciudadano comunitario o nacional de terceros países, y por tanto debe ser garantizado a todos en el territorio comunitario y por todos los Estados Miembros.

3

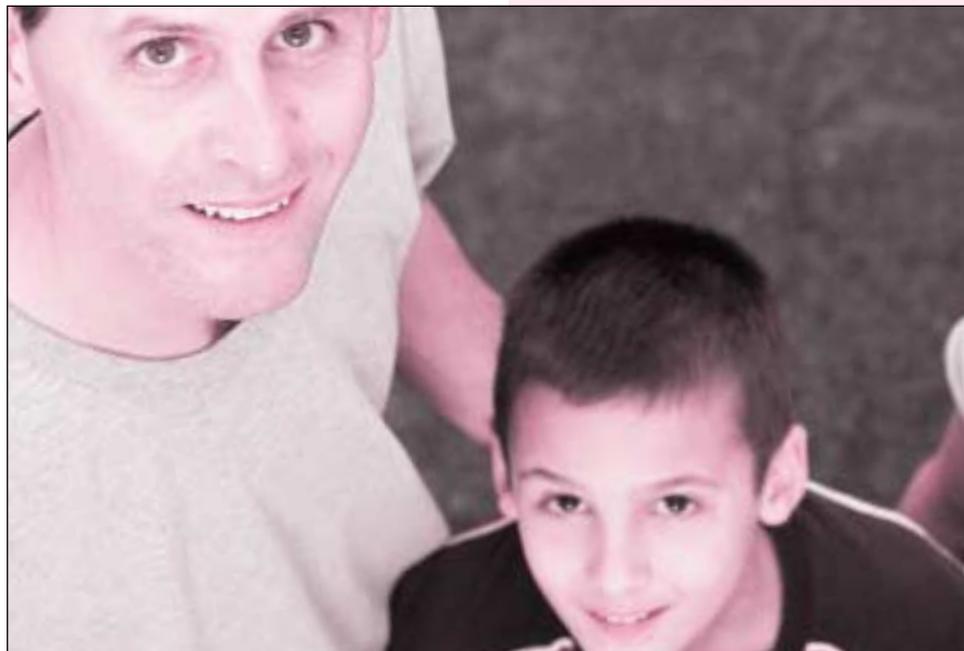
Pero ¿qué se entiende por vida familiar, quienes se consideran familia, o mejor, “miembro de la familia”, termino éste utilizado en la normativa sobre libre circulación e inmigración? La cuestión es que el concepto de familia o vida familiar no es unívoco en la sociedad europea actual que nos muestra distintos modelos de familia⁷.



Por una parte, y junto al tradicional modelo matrimonial, se registra en prácticamente todos los países europeos un conocido fenómeno social representado por las **parejas de hecho**. Dos son los tipos de uniones con reconocimiento jurídico según diferentes legislaciones: uno, el de la pareja registrada, institución que se impulsó en los países nórdicos para dar cobertura legal formal a las uniones de homosexuales a quienes el matrimonio en principio les estaba vedado; todavía hoy en algunos ordenamientos europeos, la institución de pareja registrada es una opción limitada a las personas del mismo sexo, mientras que en la mayoría, como ocurre en nuestro derecho a través de la regulación de la figura en algunas legislaciones autonómicas, no se hacen distinciones por razón del sexo de los miembros de la pareja. Junto a la pareja registrada, otros ordenamientos, regulan la pareja *ex lege*, cuyo reconocimiento legal deriva de la acreditación de un periodo de convivencia o de tener descendencia común, sin necesidad de acto de constitución formal⁸.

La cuestión es que nos encontramos con una nueva figura jurídica cuya constitución, efectos, y grado de reconocimiento varía de unos Estados a otros no existiendo una uniformidad conceptual en el ámbito comunitario, incluso, en torno a su consideración de familia, aunque se evoluciona en esta línea.

A partir de este movimiento social, algunos países europeos, como Holanda o Bélgica han abierto la institución del **matrimonio a las personas del mismo sexo**, unión, que si se califica como matrimonio, presenta las mismas características y efectos jurídicos que éste, dando a sus miembros la condición de cónyuges⁹. La transformación o apertura de la institución matrimonial plantea problemas de validez y reconocimiento en otros Estados en tanto que su aceptación no es uniforme. A este respecto merece tener en cuenta que la Constitución europea, en el artículo II-69 garantiza el derecho a contraer matrimonio



y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

Si estos son los principales cambios que se aprecian respecto a la organización de la vida familiar en las sociedades europeas, y que se amparan en el derecho a la intimidad familiar, en el libre desarrollo de la personalidad y en la no-discriminación por razón de sexo y/o de orientación sexual, otro modelo familiar, de profunda raigambre histórica y cultural en los países islámicos, hace su entrada en la sociedad europea, a través de la inmigración. Se trata del **matrimonio poligámico**¹⁰.

El hecho de que no se admita esta modalidad matrimonial en el ámbito europeo, que se considere contraria al orden público, al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y a la dignidad constitucional de la mujer¹¹, y por tanto no tenga cabida en la sociedad occidental, no impide que nacionales de otros países, casados con varias mujeres en sus países de origen, porque su ley personal se lo permite, vengan por razón de inmigración y adquieran residencia legal en cualquiera de los Estados Miembros. De hecho los Tribunales españoles ya se han acercado a esta institución cuando han conocido, por ejemplo, de la solicitud de pensión de

8

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Barcelona 2004.

9

En España, el Consejo de Ministros en su sesión de 30 de diciembre de 2004 acordó la remisión a las Cortes del proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para permitir contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Este proyecto puede consultarse en el BOCG, Serie A: Proyectos de Ley, de 21 de enero de 2005.

10

VVAA: El Islam Jurídico y Europa. Derecho, religión y política. BORRAS, A. y MERNISSI, S. (ed.) Barcelona 1998. DIAGO DIAGO, P. "La familia multicultural y el Derecho". *La familia en la Sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2003, p. 277 y ss. DIAGO DIAGO, P. "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado español". *Aequalitas. Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 6, 2001, p. 6 y ss.

11

Vid. STSJ Cataluña 30 julio 2003. AS 2003/3049 y Resolución de la DGRN 14 mayo 2001. RJA 2002\1728... la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. art. 12-3 CC) que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.

12

STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 2 de abril de 2002. AS 2002/889.

13

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Barcelona 2000. GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, C. "El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento". *El derecho de familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*, Madrid 2004, p. 411 y ss.


14

Directiva 2003/86 CE del Consejo. DOCE L 251.

15

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre reagrupación familiar)”. *Revista de extranjería*. www.extranjeria.info/inicio/index.htm.

16

MOLINER NAVARRO, M^a. “El concepto de “familia nuclear” en la Directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar”. *Aequalitas. Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n^o 15, 2004, p. 6 y ss.

17

En el Artículo 4.1. se incluyen como miembros de la familia al cónyuge y a los hijos menores incluidos los adoptivos.

18

La Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros y su integración social, en su artículo 17, incluye como familiares objeto del derecho de reagrupación familiar al cónyuge, hijos menores de 18 años o incapaces, incluidos los adoptados, menores o incapacitados sometidos a la representación legal del reagrupante, y ascendientes que vivan a sus expensas.

19

El apartado 2 del artículo 4 faculta a los Estados Miembros, por vía legislativa o reglamentaria, a autorizar la entrada y residencia de otros miembros de la familia: ascendientes e hijos mayores...

20

Apartado 3 del artículo 4.

viudedad por parte de dos esposas de un extranjero polígamo que había trabajado en España¹². Instituciones como el repudio, igualmente contraria a los principios occidentales en cuanto a las formas de disolución del matrimonio, empiezan también a ser planteadas ante los Tribunales de los países europeos cuando se insta su reconocimiento por residentes en Europa¹³.

Estas diferentes concepciones sobre la familia se ponen especialmente de relieve cuando se regula la libre circulación de personas y la inmigración, esto es, los movimientos de personas en la Unión europea, porque el debido respeto a la vida familiar exige, en el primer caso (libre circulación), extender este derecho de desplazamiento a los miembros de la familia con independencia de su nacionalidad (Directiva 2004/38), y en el segundo, el caso de la inmigración, articular mecanismos para que el inmigrante pueda traer a su familia, a través del derecho de reagrupación familiar que es objeto de la Directiva del Consejo 22 de septiembre de 2003¹⁴, e incluso desplazarse con ella (Directiva 2003/109).

4

La Directiva sobre reagrupación pone de relieve la importancia de la

vida familiar en un contexto de integración cuando afirma en su Preámbulo, que “la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia, contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal y como se declara en el Tratado”. Igualmente señala que “las medidas en esta materia deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger a la familia y respetar la vida familiar de acuerdo con los textos internacionales y en particular con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Los miembros de la familia a cuya reunión se dirige esta Directiva, son los que se derivan de un concepto clásico¹⁵, estricto y occidental de familia. El concepto estricto da lugar a la afirmación, hecha en la propia Directiva, de que “la reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear¹⁶” constituida exclusivamente por “el cónyuge y los hijos menores de edad¹⁷”. A partir de ahí, la Directiva deja en manos de los Estados, y de sus legislaciones internas¹⁸, la posibilidad de ampliar el círculo de familiares a los ascendientes en línea directa y primer grado que carezca de apoyo familiar en el país de origen, a los hijos mayores de 18 años solteros que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud¹⁹, así como al miembro de la pareja no casada que mantenga una relación estable debidamente probada, o registrada, pudiendo decidir que sólo estas últimas reciban el mismo tratamiento que el cónyuge respecto de la reagrupación familiar²⁰.

Por otra parte, al concepto estricto de familia nuclear se une en la Directiva la concepción occidental basada en la monogamia, y contraria a la poligamia. La Directiva toma partido al respecto al afirmar “que el derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse



en el debido respeto de los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que se refiere a los derechos de las mujeres y de los niños, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas”.

Tales restricciones se reflejan en el art. 4. 4, que establece que si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge²¹. En consecuencia, el esposo residente, titular del derecho de reagrupación, tiene la posibilidad de determinar cual de sus esposas (sólo una) va a ser objeto de la reagrupación, pues a todas ellas, aunque sea indirectamente y sólo a estos efectos, se les considera cónyuges. No hay que olvidar que dicha condición deriva de un matrimonio contraído válidamente en el extranjero y conforme con la ley personal de los contrayentes, aunque a su validez o reconocimiento se oponga el orden público.

Pero además existe otra restricción importante que según la Directiva pueden los Estados introducir en su legislación, y es que “podrán limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante”. Habría que valorar muy detenidamente la posibilidad de introducir limitaciones respecto a estos hijos, a la luz del principio constitucional de igualdad de los hijos e hijas y de los derechos del niño establecidos en el Convenio sobre los Derechos del Niño, que ordena a los Estados atender de forma positiva, humanitaria y expeditiva toda solicitud de reunificación familiar hecha por un niño/a o por sus padres (art. 10)²². La propia Constitución europea reconoce el derecho de las niñas y niños a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre salvo si ello es contrario a sus intereses (art. II-84.3).

En resumen, la vida familiar protegida a través de la reagrupación familiar



en el Derecho comunitario de la inmigración es la basada en el matrimonio occidental, alcanzando al cónyuge (en singular por supuesto) y a los hijos e hijas menores de edad (incluyendo igualmente a los hijos e hijas adoptados siempre que tal adopción se considere válida en el Estado Miembro receptor). Serán los Estados los que puedan abrir este concepto estricto introduciendo en sus legislaciones a otros miembros de la familia. Con ello pueden crearse desigualdades, en cuanto determinadas personas pueden ser consideradas miembros de la familia en unos Estados y no en otros. Las consecuencias de esta situación se evidencian cuando se regula el derecho de los residentes de larga duración a desplazarse a otros Estado miembros.

5

De ello se ocupa la Directiva sobre el estatuto de los residentes de larga duración de 25 de noviembre de 2003, que establece el derecho del nacional

21

La misma solución se establece en el artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.

22

Convención hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. BOE 313, 1 de diciembre de 1990.

23

Artículos 4 a 12 de la Directiva.

24

Artículo 14.

25

Artículo 16.

26

En el Derecho español esta situación es objeto del Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero sobre entrada permanente en España de nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Los familiares de los españoles, con independencia de su nacionalidad, están incluidos en el ámbito de aplicación personal de este Real Decreto.

27

Artículo 2.

28

Asunto C-200/02. *Diario La Ley* de 31 de enero de 2005.

29

Asunto C-275/02. *Diario La Ley* de 30 de noviembre de 2004.



de un tercer país que haya obtenido el estatuto de residente de larga duración²³, tras un periodo de residencia legal en un Estado Miembro, a residir en otro Estado miembro²⁴, y también en este desplazamiento la Directiva prevé que le acompañe su familia²⁵. Pero los miembros de la familia que **deben** ser autorizados a desplazarse con él, son sólo el cónyuge y las hijas e hijos menores de edad (los previstos en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva sobre reagrupación familiar). Los demás **podrán** ser autorizados, según lo considere el Estado receptor. De manera que quienes por reagrupación familiar han sido considerados miembros de la familia según la ley de un Estado miembro, pueden no estar autorizados a acompañar al reagrupante en sus desplazamientos intracomunitarios por no ser considerado miembro de la familia por la legislación del segundo Estado miembro. Y es que la Directiva sobre reagrupación ya explica en su Preámbulo (apartado 10) que cuando un Estado autorice la reagrupación familiar de determinados familiares (distintos al cónyuge e hijos/as menores), tal autorización se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros que no reconozcan la existencia de vínculos familiares en tales casos, no concedan a dichas personas la consideración de miembros de la familia por lo que respecta al derecho a residir en otro Estado Miembro.

La situación que se acaba de describir, y que se deriva de las Directivas sobre reagrupación familiar y sobre el estatuto de residentes de larga duración es de aplicación a los nacionales de terceros Estados, protagonistas de los movimientos de inmigración.

6

Es objeto de una regulación diferente la situación de los ciudadanos de la Unión Europea, que haciendo uso del derecho a la libre circulación de personas, se desplazan a otros Estados miembros, y con ellos

sus familiares, aunque tengan la nacionalidad de un tercer Estado²⁶. A estos efectos, la Directiva de 29 de abril de 2004, antes citada, considera miembros de la familia: el cónyuge, la pareja registrada, los hijos e hijas menores de 21 años o a cargo, así como los ascendientes directos que estén a cargo²⁷. A otros miembros de la familia que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión, así como a la pareja no registrada con la que el ciudadano mantenga una relación estable debidamente probada, se les considera “beneficiarios” en el sentido de que se les ha de facilitar por los Estados Miembros, y de conformidad con su legislación nacional, la entrada y residencia en el Estado de acogida.

Además el propio artículo 18 del Tratado de la Comunidad Europea ampara otras situaciones familiares que no están previstas explícitamente en la normativa citada sobre libre circulación de personas. Así la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de octubre de 2004 toma este artículo como fundamento directo para sostener el derecho de una progenitora, nacional de un tercer Estado, a desplazarse y residir en otro Estado miembro junto con su hija menor de edad que ostenta la nacionalidad de un Estado Miembro y por tanto es titular de los derechos derivados de su condición de ciudadana europea. La razón es que dicha progenitora ejerce el cuidado efectivo de la menor de corta edad²⁸, que no podría ejercitar su derecho sin aquella.

7

Concluyendo, el derecho a la realización efectiva de la vida familiar puede encontrar obstáculos en los movimientos transnacionales de personas. La situación de los inmigrantes o nacionales de terceros Estados que residen en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea se ve, en teoría, satisfecha a través del derecho de reagrupación familiar, si bien el ejercicio de

este derecho presupone la determinación de los vínculos familiares que atribuyen a estos efectos la consideración de “miembros de la familia”. La Directiva sobre reagrupación supone una regulación de mínimos, propiciando la diversidad en las legislaciones estatales, lo que puede repercutir en distorsiones a la hora de ejercitar otros derechos, como el de residencia en otros Estados tras haber obtenido la condición de residente de larga duración.

Si los nacionales de terceros Estados establecen o mantienen determinados vínculos familiares con ciudadanos de la Unión Europea, pasan a disfrutar de un estatus diferente, ya que entonces se ven amparados por el derecho de libre circulación y residencia de que estos últimos disfrutan junto con los miembros de su familia, con independencia de la nacionalidad de estos. A estos efectos el concepto de “miembro de la familia” se ve sensiblemente ampliado por la propia normativa comunitaria, si se compara con los “miembros de la familia” de los nacionales de terceros Estados.

Sería deseable que este concepto fuera objeto de una interpretación uniforme a escala comunitaria, como ha sido afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 30 de septiembre de 2004²⁹.

La Constitución europea reconoce el derecho a la vida e intimidad familiar, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio, el derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, y estos derechos deben garantizarse en todo caso y proyectarse sobre los diferentes supuestos y situaciones de desplazamientos de personas en la Unión Europea, de forma que se haga perfectamente compatible el derecho a la vida familiar y el derecho a desplazarse libremente en la Unión Europea.



Políticas familiares en la UE

PARTICULAR REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL

POR CARMEN ORTÍZ LALLANA.
Catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
Universidad de La Rioja.

D E R E C H O C O M U N I T A R I O

En el contexto de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la UE, se enmarcan un conjunto de medidas tendentes a favorecer la integración de la mujer en el mercado de trabajo, a superar la barrera de los roles sociales en el entorno familiar y a proteger a la familia.

Este conjunto de medidas constituyen lo que denominamos “políticas familiares” que tienen por finalidad armonizar la vida laboral y familiar y procurar tiempo a los padres –hombres y mujeres– para que puedan dedicarse de forma intensiva al cuidado de sus hijas e hijos durante la etapa en que más lo necesitan y atender las necesidades propiamente familiares.

Las líneas maestras por la que estas políticas discurren en el ámbito europeo, son las marcadas por los siguientes instrumentos comunitarios:

- La Recomendación 92/241 CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre cuidado de hijos e hijas.
- La Directiva 96/34 CEE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.
- La Directiva 92/85 CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, sobre protección de la mujer embarazada o que haya dado a luz recientemente o en período de lactancia.

Pero, el conjunto de las medidas y recomendaciones que dichos instrumentos incorporan se han transpuesto de manera desigual en los diferentes Estados, dependiendo del peso específico que en cada uno de ellos se da a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo y en la familia.



Desde la perspectiva relacional de familia y empleo femenino, tener hijos afecta a la tasa de actividad de muy diversa forma en los diferentes países. Mientras en Alemania y Reino Unido desciende la tasa de actividad en función del número y edad de hijos e hijas y aumenta cuando éstos se hacen mayores, en Bélgica y Francia la tasa de actividad femenina depende más del número que de la edad de éstos y en España, Grecia, Italia, Francia y Luxemburgo la tasa de actividad es baja y tiende a disminuir claramente a medida que crece el número de hijos e hijas.

Desde la perspectiva de las políticas activas a favor de la familia mientras algunos países consideran que lo más deseable es que las mujeres sigan siendo las principales protagonistas de la atención a la familia y se las estimula a participar en el mercado de trabajo con jornadas a tiempo parcial o variable o bien a dedicarse en exclusiva a la familia mientras sus miembros lo requieran. Otros plantean que las madres puedan mantener su participación activa en el mercado de trabajo y que los padres aumenten su forma sustancial su contribución al trabajo familiar y se impliquen muy especialmente en la educación y crianza de los hijos e hijas.

En definitiva, cada país orienta de un modo u otro las medidas concretas a llevar a cabo pero en todos ellos, con mayor o menor peso específico se adoptan acciones en distintas direcciones:

- Mediante medidas de atención a la infancia.
- A través de la flexibilidad del tiempo laboral y la reducción del tiempo de trabajo extrafamiliar.
- Estableciendo licencias parentales.

1.- ATENCIÓN A LA INFANCIA

En lo relativo a la atención a la infancia, las medidas se hallan en plena expansión y son probablemente las que más futuro tienen en Europa.

En general, se refieren a los servicios de guarda y custodia de niños pequeños. Las guarderías, que en los años 70 eran en su mayoría en la UE de titularidad privada, ahora son públicas.

Las diferencias entre países son muy grandes –las cifras de escolarización oscilan mucho–. En la mayoría de los países el desarrollo de guarderías para niños y niñas de 0-3 años se considera básico para la conciliación de la vida laboral y familiar.

En nuestro país la cifra de escolarización de las niñas y los niños entre 0-3 años con el 2% está muy por debajo de la media europea que aproximadamente se sitúa en torno al 16,5%. En lo relativo a niños y niñas entre 3 y 6 estamos en el 84% de escolarización por encima de Austria (75%), Dinamarca (82%), Finlandia

(53%), Grecia (70%), Holanda (71%), Irlanda (55%), Portugal (48%), Reino Unido (60%) o Suecia (72%). Nos superan Alemania (89%), Bélgica (95%), Francia (99%) e Italia (91%).

En síntesis, en España, los niveles de escolarización para niños y niñas entre 3 y 6 años no son malos en términos comparativos; pero en el caso de los servicios de guardería para menores de 3 años la oferta es todavía muy escasa. La LOGSE mantiene esta etapa educativa como voluntaria y la educación obligatoria empieza a los 6 años. En los últimos años se han adoptado medidas de protección a la familia, tendentes a sufragar los gastos generales que el incremento del número de hijos e hijas supone o que el mantenimiento de ellos lleva consigo.

- El RDL 1/2000, de 14 de enero, revisa los importes de las asignaciones familiares de la Seguridad Social por hijo e hija a cargo, según sea menor o mayor de 18 años o tenga la condición de minusválida.
- El RD 1.368/2000, de 19 de julio, regula la prestación económica de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos e hijos y parto múltiple.

Con todo, una y otra medida suponen un esfuerzo pero resultan claramente insuficientes.

En lo que se refiere a los gastos de custodia de hijos e hijas menores de 3 años, el sistema fiscal español establecía una deducción de la cuota del IRPF cuando ambos padres trabajasen fuera del hogar. Se creó la deducción en 1992 y se mantuvo vigente hasta 1998. En la actualidad se ha suprimido, pero la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de “reforma parcial del impuesto sobre la renta de las personas físicas y por la que se modifican las leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la renta de no residentes” introdujo una “deducción por maternidad” para las mujeres con hijas e hijos menores de tres años, que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la que estén dadas de alta en la Seguridad Social tanto si realizan la actividad a tiempo completo como a tiempo parcial. La cantidad está en función del cumplimiento de una serie de requisitos y el procedimiento para la deducción por maternidad se establece en el RD 27/2003, de 10 de enero.

2.- FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO LABORAL Y REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EXTRAFAMILIAR

2.1

En lo relativo a la flexibilización del horario de trabajo para compatibilizar éste con la vida familiar, existen 3 estrategias.



La primera consiste en ofrecer un cierto grado de libertad de organización del tiempo de trabajo.

La mayoría de los Estados comunitarios introdujeron este tipo de medidas en los años 80; pero tuvo un impacto económico y organizativo muy alto en algunos casos (sector metalúrgico alemán).

La segunda consiste en la reducción del tiempo de trabajo productivo y constituye un proceso secular que sigue vigente en la actualidad.

De 1983 a 1995 en la Europa de los 12 se produjo una reducción del tiempo de trabajo de todos ellos, de forma que el número de horas trabajadas habitualmente por personas ocupadas en una hora ha disminuido en 1 hora y media por semana. Este promedio cubre reducciones muy diferentes desde 2 horas y media por semana en Bélgica, Alemania, Grecia e Irlanda, hasta 10 minutos (diarios) en Reino Unido. Esta reducción se complementa con un sistema de permisos y excedencias.

En España, tras la Ley 9/1999 de conciliación de la vida laboral y familiar: se abre el abanico de reducciones y permisos.

Se amplían los permisos retribuidos del art. 37.3 LET (2 días) relativos al “nacimiento de hijo/a”, hasta cubrir los supuestos de “enfermedad grave o fallecimiento de parientes” y –esta es la novedad– los casos de “accidente y hospitalización de familiares”.

La reducción de jornada en 1 hora que lo era sólo por lactancia se amplía a los supuestos de quien precise encargarse del “cuidado directo de un familiar (37.4 y 5 ET) (la hora se puede dividir en dos fracciones) y en caso de “nacimientos prematuros”.

Se contemplan las excedencias no sólo por cuidado de hijos e hijas, sino también por cuidado de familiares (art. 46.3 ET) (aunque en ambos casos por tiempo tasado).

La tercera estrategia, es la que se observa en Bélgica, Alemania, Grecia y Portugal que consiste en dar carta blanca a los padres para que determinen las situaciones que requieren su presencia en el hogar, como en el caso de enfermedad del hijo o la hija.

Son días distintos (no retribuidos) de los concedidos por matrimonio, nacimiento de hijo/a, cambio de domicilio, etc. en la legislación española.

2.2

En lo que se refiere a la flexibilización del trabajo, el **trabajo a tiempo parcial** aparece como una de las po-

sibilidades que permiten conciliar vida laboral y familiar; aunque es sabido por todos que, trabajo a tiempo parcial, desregulación y precariedad en el empleo suelen discurrir en paralelo.

Es una modalidad de trabajo muy extendida en Alemania, Suecia, Reino Unido y sobre todo Holanda, que destaca sobre el resto en sus porcentajes de manera sobresaliente. El empleo a tiempo parcial en estos países es mayoritariamente femenino (4 de cada 5 puestos de trabajo a tiempo parcial están ocupados por mujeres).

En España, sobre la totalidad de personas ocupadas en esta modalidad, el 74% son mujeres. Por debajo de esta media se encuentran Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Holanda, Portugal y Finlandia. Por encima, Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo, Austria, Suecia y Reino Unido.

Aunque normalmente el contrato de trabajo a tiempo parcial se asocia a condiciones de trabajo poco dignas, con escaso salario y mucha precariedad en lo que se refiere a condiciones de trabajo y discontinuidad, en nuestro país se han realizado importantes esfuerzos normativos para corregir esta situación y, si bien a principios de los años 80 la legislación tendía a la flexibilización acompañada de la correspondiente desregulación, en noviembre de 1998 (RDL 15/1998, de 27 de noviembre) se dotó de incentivos a la conversión de contratos fijos en indefinidos, se ofreció mayor cobertura de Seguridad Social –incapacidad temporal, pensiones de invalidez permanente y jubilación y desempleo– al trabajo a tiempo parcial y se reconoció los mismos derechos a los trabajadores/as a tiempo parcial que a los trabajadores fijos, en la proporción al número de horas trabajadas.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de “medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, abundó en ésta línea de equiparación del trabajo a tiempo parcial y trabajo indefinido (cotizaciones, etc.).

Además, se contemplan **reducciones de la jornada de trabajo**, con la disminución proporcional del salario entre al menos 1/3 y un máximo de la mitad de la duración de ésta para el cuidado de un hijo/a menor de 6 años o un minusválido/a psíquico o físico o un familiar (hasta el segundo grado por afinidad o consanguinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe una actividad retribuida).

Es un derecho individual de los trabajadores, sean hombres o mujeres y sí los 2 miembros de la pareja generasen el mismo derecho en la empresa, el empresario podrá limitar su derecho, por razones de funcionamiento de la empresa a uno de ellos.



3.- LAS LICENCIAS PARENTALES

Las licencias parentales son formas reguladas de ausencia del puesto de trabajo o de interrupción de las prestaciones laborales habituales, conectadas con beneficios sociales (prestaciones económicas y/o otros derechos de protección social) con el fin de atender al nacimiento y la crianza de los hijos e hijas.

Los permisos por maternidad constituyen el instrumento de política familiar más antiguo de todos. Antes de 1905 nueve naciones europeas ya habían aprobado permisos por maternidad no retribuidos y en España, conforme a la Ley de 1900 las obreras que se hallaban en el octavo mes de embarazo podían solicitar al patrono/a el cese en el trabajo, teniendo derecho a reserva de hasta tres semanas después del alumbramiento o cuatro en caso de prescripción facultativa.

En la UE, en lo relativo a permisos por maternidad, la situación ha mejorado mucho desde los años 80 y la Directiva 92/85 establece los requisitos mínimos que estos permisos deben observar. Como mínimo han de extenderse a catorce semanas de baja sin interrupción de las cuales al menos seis han de ser disfrutadas después del parto en cumplimiento de las normas de la OIT.

En España la duración del permiso es de 16 semanas con retribución durante las mismas del 100% del salario, como en Austria, Luxemburgo, Holanda o Grecia. Pero se amplían en dos más por cada hijo/a a partir del segundo. Se distribuyen a opción de la interesada, sin perjuicio de que ésta pueda optar porque las disfrute el padre, salvo que ello suponga riesgo para la salud de la madre. Y ello es extensivo a los casos de adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta 6 años (también si son minusválidos o minusválidas).

El conjunto de estas medidas se completa con las siguientes previsiones de la L 39/1999:

- Se crea la figura de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo cuando pudiera existir peligro para la madre, el feto o el lactante.
- Se modifica el art. 48.5 LET, art. 26 LPRL y el RD 1.251/2001, de 16 de noviembre, regula las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que consisten en el 100% de la base reguladora por contingencias comunes.
- Las faltas de asistencia por embarazo, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas durante el embarazo, parto o lactancia no computan a efectos de despido (art. 52).
- Los despidos de las mujeres embarazadas desde el inicio del embarazo hasta la suspensión por riesgo durante el embarazo o permiso por maternidad; los que se produzcan en periodo de suspensión por riesgo durante el embarazo, permiso por maternidad, o los de los trabajadores o trabajadoras que hayan solicitado reducciones de jornada o excedencias por cuidado de hijos, hijas o familiares son nulos salvo que se declare la procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados (art. 53.4 ET).
- Para hacer efectivas estas medidas se modificó la LPL que recoge este supuesto de nulidad del despido en el artículo 108.2 y según la cual, cuando se presume que el despido se ha producido por discriminación por razón del sexo (embarazo, parto, lactancia) se aplica la inversión de la carga de la prueba (artículo 96 LPL). Por último, en materia de permisos de lactancia y reducciones de jornada por motivos familiares se crea una nueva modalidad procesal, urgente y de tramitación preferente (cinco días desde la presentación de la demanda).
- Ya desde 1998 (L 11/1998, de 4 de septiembre) se establecieron las medidas “coste 0” de las sustituciones de las trabajadoras con permiso por maternidad.

La L 39/1999 bonifica el 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, de los contratos de interinidad celebrados para sustituir trabajadoras en permiso por maternidad, suspensión por riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, preadoptivo, etc.

- Las bonificaciones de Programa de Fomento del Empleo para 2002 y 2003 se extienden a (art. 4.1.1, L 12/2001, de 9 de julio; modificada por el RDL 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para el sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad): “mujeres desempleadas, inscritas en la Oficina de Empleo que sean contratadas en los 24 meses siguientes a la fecha del parto”.
- Las bonificaciones a la cuota empresarial de la Seguridad Social por contingencias comunes son del 100% durante el primer año (12 meses) de contrato, en la contratación de mujeres desempleadas insertas en la Oficina de Empleo cuando sean contratadas en los 24 meses siguientes al parto y su contrato lo sea por tiempo indefinido, incluidos los fijos discontinuos a tiempo completo o a tiempo parcial.

1.- INTRODUCCIÓN: LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO COMUNITARIO.

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación constituyen derechos fundamentales reconocidos en todas las declaraciones internacionales de derechos humanos, en la normativa comunitaria y en todas las constituciones de los Estados democráticos. En el **art. 1** de nuestra Constitución de 1978 se declara la **igualdad** como uno de los **valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico** y en su **art. 14** se coloca como frontal del listado de derechos fundamentales. El **art. 10.2** establece que “*Las normas relativas a derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Sin duda, el acervo comunitario constituye uno de los puntos de referencia, quizá el más importante, en conformidad con el cual debe ser interpretado el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por imperativo constitucional. El desarrollo de la actuación comunitaria en el ámbito de la prohibición de discriminación comienza, como no puede ser menos, sobre la base de lo existente, el principio de libre circulación de los trabajadores que exige, según establece el **art. 48 del (entonces) Tratado de Roma**, “*la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros*” y la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo contenida en el (entonces) **art. 119 del mismo Tratado** que exigía “*la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo*”.

La adopción el 2 de octubre de 1997 del nuevo **art. 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)**, que señala que “*Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas por el mismo a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*” permite una actuación más amplia de la CE en el ámbito de la discriminación.

La **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** adoptada el **18 de diciembre de 2000** que dedica un capítulo completo, el número III, a la Igualdad, establece en su **art. 20** “*Todas las personas son iguales ante la ley*” y añade en su **art. 21.1** “*Se prohíbe toda discriminación y en particular*

El acervo comunitario en materia de igualdad de trato; la adecuación del ordenamiento jurídico interno

POR TERESA PÉREZ DEL RÍO.
Profesora Titular
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social,
habilitación de Catedrática.
Universidad de Cádiz.



la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad edad u orientación sexual”.

Finalmente, con base en ambos cuerpos normativos, el **29 de junio de 2000** fue adoptada la **D/43/CEE** relativa a la aplicación del principio de **igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico**, y la **D/78/CEE**, relativa al establecimiento de un **marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación**. Por lo que se refiere a la discriminación por razón de género, por Decisión del Consejo 2001/51 de 20-12-2000 se aprobó un Programa de acción que establecía la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005. Finalmente, tras algún tiempo de debates ha sido aprobada la propuesta de modificación de la **D/1976/207/CEE**, **presentada por la Comisión el 7 de junio de 2000**, que se ha convertido en la **D/2002/73/CEE** que tiene por objetivo convertirse en la **Directiva marco para la igualdad de trato sin discriminación por razón de género en el empleo y la ocupación**.

Las tres directivas complementarias sobre discriminación (D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y la nueva 2002/73/CEE y 1976/207/CEE) comparten estructura y bastantes de los conceptos utilizados. En este estudio vamos a analizar las dos últimas que son las relativas a las causas de discriminación más frecuentes en nuestro país, el género, la edad y la discapacidad.

Es necesario tener en cuenta desde el principio que **las obligaciones de los Estados miembros respecto del cumplimiento de las normas comunitarias** en materia de igualdad de trato y no discriminación son especificadas en las propias directivas. Todas ellas recogen en uno o varios preceptos las obligaciones de los Estados miembros respecto de la aplicación y control de cumplimiento de las mismas. De otro lado, las Directivas establecen la obligación para los Estados miembros de procurar que, las medidas de trasposición adoptadas, así como las disposiciones en vigor sobre la materia, se pongan en conocimiento de los trabajadores a través de cualquier medio apropiado, tal como la información en los lugares de trabajo.

La Corte comunitaria ha precisado reiteradamente que, la consecución de la igualdad de trato, constituye el objetivo querido y buscado por la normativa comunitaria, de tal manera que los Estados miembros son libres para escoger los medios e instrumentos que consideren más adecuados a sus diferentes ordenamientos jurídicos y situaciones sociales para

realizar la trasposición de las Directivas pero esta libertad no es absoluta y la consecución del resultado les es exigido. Concretamente en el Asunto Comisión v. Francia 312/86 S. 25-10-1988, el Tribunal señala expresamente que “...*Dado que el cumplimiento de las Directivas se mide a través de la obtención del resultado a conseguir con ellas, la libertad de formas de ejecución no permite que el legislador nacional considere cumplidas sus obligaciones, remitiendo la cuestión sin más a la autonomía colectiva...*” por el contrario, **los Estados miembros deben ejercer una labor de control sobre todo tipo de norma interna incluidos los convenios colectivos, de tal manera que sea eliminado todo tipo de norma o cláusula convencional contraria a las normas comunitarias**.

La trasposición suficiente de las Directivas y su obligatoriedad, constituyen temas íntimamente ligados al de la **aplicabilidad directa o efecto directo** de las normas comunitarias cuya trasposición no ha sido realizada o lo ha sido de manera incompleta. Respecto de este tema, y en relación concreta con las normas sobre igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo, la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente. En el Asunto Deffrenne II 42/75 S. 8-4-1976, la Corte de Justicia confirmó no sólo el **efecto directo vertical del Derecho originario**, en concreto del art. 119 del Tratado de Roma (actualmente art. 141 del TCE), señalando que dicho precepto, puede ser invocado ante un Tribunal interno contra el Estado, sino también el **efecto directo horizontal**, es decir, puede ser invocado en las relaciones entre individuos privados incluida la negociación colectiva.

Se deduce claramente de la jurisprudencia que desde el momento en que se constata que una norma interna que niega una prestación o un beneficio reconocido en el Derecho comunitario a un grupo de personas viola el principio de igualdad de trato, el juez nacional debe inmediatamente, con su propia autoridad, conceder esta prestación o este beneficio al grupo desfavorecido sin esperar la eliminación de la contradicción por vía legislativa. En todo caso, **la obligación de interpretar y aplicar todo tipo de norma del ordenamiento nacional incluidos los convenios colectivos, de conformidad con los requerimientos del Derecho comunitario, deriva del art. 10 del TCE** y el TJCEE ha señalado que “*ningún Estado miembro puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno, para justificar el incumplimiento de obligaciones derivadas de Directivas comunitarias, ni puede alegar su propio incumplimiento para negar un derecho a los particulares*” (A. Burton 19/81 S. 16-2-1981; A. Comisión v. Luxemburgo 58/81 S. 9-6-1982 entre otras).



2.- LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO. LAS NORMAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. LA ADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

En una sociedad capitalista de mercado, la posición social de los ciudadanos viene determinada por su posición en el mercado de trabajo y podríamos añadir que incluso su nivel de libertad y autosuficiencia, en definitiva su posibilidad real de disfrutar otros derechos fundamentales. Es evidente que la posición de la mujer en el mercado de trabajo ha variado mucho en la última década y eso sin duda es cierto y puede ser demostrado estadísticamente. Esta afirmación es compatible con el hecho, asimismo demostrable estadísticamente, de que la situación dista mucho de ser igualitaria: persiste en el mercado de trabajo una situación de discriminación grave de la mujer, que determina una situación social asimismo discriminatoria. Datos estadísticos recientemente publicados por el CES en “Panorama sociolaboral de la mujer en España” n.º 31 de 2003 señalan que la situación en el primer trimestre de 2003 es la siguiente: una **tasa de actividad del 42’3%** la más alta de la historia de España, que en parte ha repercutido en un **incremento de la tasa de empleo al 35’5 %** pero también en una **tasa de desempleo muy superior a la masculina** a la que dobla (16’2% frente a 8’3% masculino), junto con un **índice de atipicidad superior**, en concreto de **temporalidad** (33’8% la femenina frente al 28’6% de temporalidad masculina) y un **índice muy superior de trabajo a tiempo parcial** (el Informe del CES sobre Trabajo a Tiempo Parcial pone de manifiesto que el 75% de los trabajadores de este tipo son mujeres); finalmente los mismos informes ponen de manifiesto la existencia de un **diferencial salarial** de la mujer de **75’4%**.

La diferencia más notable respecto de hace una década es que actualmente esta situación se percibe –o al menos así se manifiesta– por los poderes sociales –al menos formalmente– como un problema importante al que hay que enfrentarse, estableciéndose como objetivo esencial de las políticas sociales públicas su eliminación. Sin duda uno de los instrumentos de lucha contra la discriminación, no el único ni siquiera el más importante, es el derecho y específicamente, en el ámbito del mercado de trabajo, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Resulta evidente que respecto del tema de la discriminación por razón de sexo, en el ordenamiento jurídico laboral español se ha producido una evolución importante a lo largo de la última década y que este cambio ha sido influenciado notablemente por nuestra integración en la Unión Europea, ámbito en el que desde 1957 pero sobre todo

desde la década de los 70, más concretamente, a partir de 1975, han sido adoptadas un conjunto de normas en materia de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo que debían ser trasplantadas a nuestro ordenamiento jurídico. La evolución jurídica a que hemos hecho referencia es innegable pero un análisis en profundidad de las normas producidas a partir de 1986 lleva a la conclusión de que la evolución experimentada es sin duda favorable pero también lenta e insuficiente. Debería añadirse a estas características la inadecuada e insuficiente aplicación de las normas adoptadas en materia de tutela antidiscriminatoria, que entendemos en parte puede ser debida al desconocimiento de su alcance y significado por parte de los operadores jurídicos y los interlocutores sociales.

Por lo que se refiere al dato normativo comunitario son muy numerosas las normas de todo rango que regulan el principio de igualdad de trato y prohíben la discriminación por razón de sexo, desde preceptos de Derecho Originario hasta Recomendaciones y Resoluciones del Consejo, Comisión y Parlamento Europeos, pasando por un importante número de Directivas. De entre ellas las más importantes serían: el **art. 141 Tratado de Ámsterdam** que se refiere al principio de igualdad de retribuciones; la redacción original contenida en el **art. 119 del TR** ha sido modificada para dar cabida a la prohibición de discriminación indirecta y a la adopción de medidas de acción positiva. Este precepto señala lo siguiente:

1

Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2

Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por la empresa a su trabajador/a en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a)

que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b)

que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3

El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

El art. 23 de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales señala de su parte que “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos incluidos el empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

Además han sido adoptadas las siguientes Directivas: D/75/117/CEE sobre igualdad retributiva, íntimamente relacionada con la D/86/378/CEE modificada por la D/96/97/CEE sobre seguridad social profesional complementaria; D/76/207/CEE sobre igualdad en las condiciones de trabajo recientemente modificada por la D/2002/73/CEE; D/79/7/CEE sobre la prohibición de discriminación en los regímenes legales de seguridad social; D/92/85/CEE sobre protección de la maternidad; D/96/34/CEE de excedencias parentales y familiares; D/97/80/CEE de modificación de la carga de la prueba en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria. Junto a estas normas de eficacia vinculante, debe hacerse especial referencia a algunas otras que carecen de ella como la Recomendación de 27 noviembre de 1991 y Código de Conducta para la protección frente al acoso sexual en el trabajo.

También hay que hacer referencia a la adopción de cuatro sucesivos programas de Igualdad de Oportunidades. El vigente que complementa el Programa EQUAL y se denomina “**Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres**” y que tiene un periodo de aplicación 2001-2005 tiene por objetivo afirmar y explicar el denominado concepto de **transversalidad** que significa “*la integración del objetivo de igualdad en todas las políticas que tengan repercusión directa o indirecta en las mujeres de tal manera que en el diseño y aplicación de todas las políticas hay que tener en cuenta las preocupa-*



ciones necesidades y aspiraciones de las mujeres en la misma medida que las de los hombres”.

A este conjunto de fuentes normativas comunitarias, es preciso añadir por su importancia la **Jurisprudencia comunitaria**. La prohibición de discriminación por razón de sexo constituye el que se ha denominado por la doctrina laboralista “tema estrella de la jurisprudencia social del TJCEE”. El Derecho Comunitario es un ordenamiento de tipo anglosajón en el que resulta tan importante la norma como su interpretación jurisprudencial. El objetivo del TJCEE ha sido desde el principio doble: de un lado ha intentado dotar de todo su alcance y significado al concepto de discriminación (vr.gr. mediante el diseño del concepto de **discriminación indirecta** recogido en diversidad de sus sentencias y plasmado normativamente en la D/97/80 y posteriormente en la D/2002/73) y, de otro, ha pretendido garantizar al máximo la efectividad de las normas y su aplicación, **mejorando los procedimientos de garantía** (por ejemplo, mediante el procedimiento de inversión de la carga de la prueba contenido asimismo en la D/97/80/CEE).

La modificación de la Directiva 76/207 mediante la D/2002/73 ha tenido por objetivo expreso incorporar todos los progresos interpretativos realizados en la materia por el TJCEE y pretende convertirse en una especie de Directiva marco contra la discriminación por razón de género aclarando el significado y alcance del concepto discriminación e incluyendo la definición de los conceptos de discriminación indirecta, acoso moral y sexual; determinar de manera definitiva el ámbito material de aplicación de la Directiva recogiendo el concepto de condiciones de trabajo a las que se aplica la Directiva; eliminar las excepciones al principio de igualdad; mejorar los procedimientos de garantía de aplicación, de tutela jurisdiccional del principio de igualdad y el sistema sancionatorio. También ha creado procedimientos e instrumentos de promoción institucional del principio de igualdad y ha hecho referencia a la necesaria implicación de los interlocutores sociales en la eliminación de la situación de discriminación.



Por lo que se refiere a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la norma comunitaria, es necesario comenzar señalando que la Constitución española pertenece al grupo de las denominadas modernas y sociales ya que recoge el principio de igualdad en sus dos vertientes, la igualdad formal (art. 14) y la igualdad esencial (art. 9.2), prohíbe expresamente la discriminación por razón de género (art. 14.2 inciso) y en particular en el ámbito del empleo (art. 35) declarando el derecho a no ser discriminado vinculante en las relaciones entre privados (“no prevalecerá”) y obliga a los jueces y tribunales y en particular al Tribunal Constitucional a interpretar el significado y alcance de los derechos fundamentales entre ellos el de igualdad y la prohibición de discriminación, de acuerdo con lo establecido en las normas y convenios internacionales sobre el mismo tema (art. 10.2) y en particular con arreglo al Derecho Comunitario.

De su parte, el Tribunal Constitucional (máximo intérprete de la Constitución) ha adoptado una postura activa en favor de la igualdad y la eliminación de la discriminación; ha venido realizando sobre todo a partir de 1987 una interpretación extensiva del significado del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación, año en que inicia el camino hacia una interpretación conjunta del principio de igualdad formal establecido en art. 14 CE (“todos son iguales ante la Ley”) y el de igualdad esencial del art. 9.2 CE: reconociendo implícitamente que esa igualdad en la realidad no existe, se impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Esta actuación del TC se ha manifestado en la ampliación del significado de la prohibición constitucional de discriminación, por ejemplo mediante la introducción en nuestro ordenamiento de conceptos como los de **discriminación directa abierta y encubierta, o el de discriminación indirecta**, en la S. 145/1991 A. Gregorio Marañón sin los cuales hubiera sido imposible actuar contra las sutiles formas que la discriminación ha adoptado en la actualidad. También ha sido de vital importancia la diferenciación entre “**acción protectora**”, “**acción positiva**”, “**discriminación positiva**”, conceptos cuyo significado, por cierto, confunde hasta el propio Estatuto de los Trabajadores y que introduce en nuestro ordenamiento el TC en S. 128/1987.

Como hemos señalado la introducción de estos conceptos desde el ámbito constitucional, ha sido acompañada de una evolución apreciable pero mucho más lenta e insuficiente en la normativa laboral ordinaria, en la que aún son apreciables numerosas carencias lo que en un sistema tan legalista como el nuestro ha originado la adopción de Sentencias de nuestros tribunales, sobre todo de los Superiores de Justicia poco compatibles con la jurisprudencia comunitaria. Como no podría ser menos, han desaparecido del ordenamiento jurídico casi todas las normas de carácter directamente discriminatorio.

Además se ha mejorado definición legal de la prohibición de discriminación retributiva (art. 28 ET), en 1994 incluyendo la prohibición de discriminación indirecta, mediante la imposición al empleador de la obligación de pagar la misma retribución “por trabajo de igual valor” y no solo el mismo salario por un trabajo igual. Se ha producido una mejora en los temas relacionados con la protección de la maternidad y conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales, que como es sabido ha constituido la causa esencial de discriminación de la mujer. El legislador parece haber percibido que la mera afirmación de un derecho sirve de bien poco, si no existen medios suficientemente eficaces de garantizar su respeto y sancionar su violación y por ello se han introducido en nuestro ordenamiento mecanismos de tutela antidiscriminatoria importantes como la “modificación de la carga de la prueba” (art. 96 LPL) en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria, también se ha previsto la utilización de la denominada “prueba de asesores” (art. 95.3 LPL) especialistas que pueden ayudar a Magistrados y Tribunales a detectar las situaciones de discriminación. Se han previsto graves sanciones de carácter social frente a los actos caracterizados como discriminatorios (la nulidad de todo acto de este tipo) de carácter administrativo (la prevista en el art. 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social) que puede llegar de 500.000 a 15.000.000 pts. e incluso de tipo penal (art. 314 CP).





Sin duda el Derecho del Trabajo se ha ido adecuando a la normativa y la jurisprudencia constitucional y comunitaria, pero, lo ha hecho de forma lenta, aún insuficiente y como podremos demostrar a veces contradictoria en varios aspectos de esencial importancia. Las carencias más importantes en mi opinión pueden dividirse en dos grandes grupos: de un lado se manifiestan **carencias en la plasmación normativa del significado principios fundamentales para la tutela antidiscriminatoria**: nuestro ordenamiento jurídico carece del concepto legal de “**discriminación indirecta**”. Evidentemente no somos el único país de Europa que presenta esta laguna en su Ordenamiento Jurídico, le ocurre lo mismo a algunos otros, pero la ausencia de un concepto legal tan complicado, novedoso y difícil de manejar, se ha mostrado lo suficientemente importante en la práctica para la tutela antidiscriminatoria, que desde 1988 se había intentado diseñar un concepto común para todos los Estados que aún carecen del mismo. El concepto es en la actualidad recogido en el **art. 2.2.2 D/2002/73/CEE** en los siguientes términos: “*Se entenderá por discriminación indirecta... la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”.

Un concepto similar fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Asunto Gregorio Marañón S. de 1 de julio de 1991, y reiterado posteriormente en diversas sentencias, sin embargo sigue siendo un “gran desconocido” para una parte importante de los operadores jurídicos españoles que, por lo general adolecen de un acusado “legalismo” en sus conocimientos jurídicos, de tal manera que, al parecer, estiman que lo que no existe en las normas, no tiene porqué ser conocido y aplicado.

La segunda laguna de tipo general, está constituida por la **carencia tanto de un concepto legal como de una ley de “Acción positiva”** que sirva de marco jurídico seguro para la adopción de medidas de este tipo. Sería importante que se adoptase el concepto de Acción positiva recogido en el **art. 141.4 del Tratado CE**, que señala “4. *Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*”.

Junto a estas carencias de tipo conceptual aparecen en nuestro ordenamiento algunas otras insuficiencias notables en la normativa ordinaria, por ejemplo:

En lo que se refiere al **principio de igualdad retributiva** es preciso poner de manifiesto que hasta 1994 el ordenamiento social español se encontraba en situación de incumplimiento absoluto de las normas comunitarias sobre igualdad de trato tan importantes como el art. 119 del TR (actual art. 141 del Tratado de Ámsterdam) y la Directiva 75/117 sobre prohibición de discriminación salarial. En ese año se adaptó parcialmente pero no se ha adaptado totalmente, con el alcance que le otorga el ordenamiento comunitario hasta la **Ley 33/2002 de 5 julio**. En la actualidad el **art. 28 ET** prohíbe tanto la discriminación retributiva directa como la indirecta, y obliga al empleador a pagar **la misma retribución**, no sólo por el **mismo trabajo**, sino por **trabajo de igual valor**; sin embargo hay que tener en consideración que la normativa no ofrece punto de referencia alguno sobre cuando dos trabajos han de entenderse de igual valor, ni tampoco hace referencia a los criterios de valoración de los puestos de trabajo, ni señala cual es el organismo de tutela antidiscriminatoria encargado de establecer, con el suficiente conocimiento, cuando dos trabajos son del mismo valor. La tardanza e insuficiencia en la trasposición de la normativa comunitaria han originado alguna jurisprudencia de nuestros Tribunales poco compatible con la normativa comunitaria y con la jurisprudencia del TC español en esta materia. Puesto que este constituye un problema que presentan varios ordenamientos jurídicos europeos, la Comisión de las Comunidades ha elaborado y publicado un “**Memorandum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor**” al que acompaña un “**Código de actuación para la asignación de igual salario para trabajo de igual valor para hombres y mujeres**”, cuya toma en consideración por los operadores jurídicos y en particular por los Tribunales españoles así como por las partes sociales debería promoverse intensamente.

Por lo que se refiere a **la igualdad en las condiciones de empleo y trabajo** y específicamente en materia de **acceso al trabajo** en condiciones de igualdad de oportunidades y sin discriminación por razón de género, la situación es aún más grave. Sin duda que el **art. 17 ET** afirma ese principio pero la realidad demuestra que el mercado de trabajo sigue siendo un mercado segmentado, en el que las mujeres tienen acceso a determinados sectores y profesiones, no precisamente las más valoradas socialmente ni las más altas en las clasificaciones profesionales. Hay que poner de manifiesto que en este ámbito, el problema más im-



portante es en la actualidad el tipo de modalidades contractuales a que las mujeres tienen acceso, básicamente contratación temporal y a tiempo parcial: las mujeres siguen siendo mayoritarias en la contratación a tiempo parcial lo que ha venido, entre otras cosas determinando una situación de discriminación de la mujer en la Seguridad Social y es precisamente en la regulación del trabajo a tiempo parcial se aprecia otra de las características que dijimos señalaban la evolución de la normativa española en tema de género: la contradicción. El proceso de diálogo social que dio lugar a la adopción del Real Decreto Ley 15/98 de 27 de noviembre y el RD 114/1999 sobre trabajo a tiempo parcial, mejoró la regulación de esa modalidad contractual y las posibilidades de protección social este tipo de contrato. Sin embargo, posteriormente la Ley 12/2001 ha vuelto a empeorar notablemente la regulación, significando una vuelta atrás de dos años, mediante la flexibilización el concepto de trabajo a tiempo parcial que tanto había costado conseguir en la modificación de 1998 y la de las posibilidades de utilización de las llamadas “horas complementarias”. Resulta al menos dudoso que la norma española pueda conseguir realmente el objetivo que se propone expresamente la normativa comunitaria al respecto, en concreto la D/97/81/CEE, de evitar la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial (en su mayoría trabajadoras).

Por lo que se refiere a la **contratación temporal**, los datos publicados por el CES en el primer trimestre del 2003 muestran un índice de temporalidad superior entre las mujeres que entre los hombres (33'8% frente al 28'6%) siendo sin duda el más alto de la UE, lo que tiene un triple nivel de efectos: en primer lugar respecto de la **seguridad y salud laboral** ya que está demostrado que los trabajadores temporales presentan un nivel de siniestralidad superior a los trabajadores indefinidos y además, el sector servicios, el más feminizado de los sectores económicos, presenta un número absoluto superior tanto de temporalidad como de siniestralidad; en segundo lugar, **repercute en su nivel de protección social** ya que las trabajadoras temporales tienen muchas más dificultades para acceder a las prestaciones del nivel contributivo del sistema de SS, lo que lleva a que sean muchas más las mujeres que tiene como única solución la integración en el nivel no contributivo con una protección muy inferior; en tercer lugar, un alto índice de temporalidad en la contratación, hace a la mujer más vulnerable ante un problema que trataremos posteriormente, el del **acoso sexual en el trabajo**.

La mayor parte de las medidas de incentivación de la contratación integrantes del vigente **programa español de fomento del empleo**, adoptado también me-

dante la Ley 45/2002 tiene como destinatarias a las mujeres. Algunas de esas medidas son francamente novedosas y pueden ser efectivas (habrá de comprobarse) como el coste cero real de la sustitución por maternidad, o el coste cero de contratación de mujeres paradas en el año siguiente a su maternidad, pero se mantienen otras de comprobada ineficacia como el “contrato indefinido de mujeres subrepresentadas”, (en el año 2000 se realizaron no más de 300 contratos de este tipo).

Resulta evidente que la causa que tradicionalmente ha originado la situación de discriminación de la mujer es la **maternidad y la asunción en exclusiva de las responsabilidades familiares**. Sobre esta consideración el Plan Nacional de Empleo 2000 puso de manifiesto que la “medida estrella” para la integración de la mujer en el mercado de trabajo era la adopción de la **Ley 39/99 de conciliación de la vida profesional y familiar**. Esta Ley que tuvo por objetivo esencial completar la trasposición de dos Directivas comunitarias muy importantes, la 92/85 y la 96/34, ha mejorado la regulación de los derechos laborales en materias como garantía de la salud en el embarazo, posibilita el reparto entre padre y madre del periodo de suspensión por maternidad, realiza mejoras en materia de reducción de jornada por razones familiares y por lactancia, reconoce el derecho a excedencia con reserva de puesto de trabajo y con derechos de antigüedad y formación profesional durante estos periodos de tiempo para cuidado no sólo de hijos sino también de familiares y finalmente mejora la protección frente a la discriminación profesional por maternidad, sobre todo la tutela frente al despido.

Con significar un importante paso adelante creo que merece algunas críticas la más importante de las cuales y que desde mi punto de vista determina las demás, es la referente a la óptica de tratamiento del tema y al objetivo perseguido por la Ley. Como se ha venido poniendo de manifiesto reiteradamente en todos los niveles (internacional, comunitario, nacional) la asignación de roles (productivo al hombre y reproductivo a la mujer) y la asunción en exclusiva por parte de la mujer de las responsabilidades familiares, constituye la causa por excelencia de la integración discriminatoria de la mujer en el mercado de trabajo. El reconocimiento de este hecho ha sido puesto de manifiesto por la UE en la Directiva 96/34/CEE y ha sido reiterado a través de la adopción el día 6 de junio de 2000 de una Resolución solicitando de los Estados miembros que incluyan en sus normativas de conciliación los “permisos de paternidad” (es decir, asignados a los padres con titularidad exclusiva y no transferible a las madres). Pues bien, la Ley de conciliación 39/99 apenas avanza en la incentivación del reparto de las responsabilidades familiares. Es cierto que facilita dicho reparto pero no lo incentiva ni lo



impulsa y facilitar no es lo mismo que incentivar. El objetivo de la norma no es eliminar la causa real de la discriminación: intenta, y no de forma absolutamente satisfactoria, facilitar a la mujer la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales y el reparto de las mismas pero ni impulsa ni incentiva este reparto cuando la experiencia comparada demuestra que esta es la única forma relativamente eficaz de eliminar la discriminación por razón de sexo.

En segundo lugar, como ha puesto reiteradamente de manifiesto el Consejo Económico y Social, ninguna norma por muy perfecta que sea (y la 39/99 no lo es) es suficiente para permitir una integración de la mujer en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad. Si se desean evitar indeseados efectos boomerang que ya han sido anunciados, esta Ley debería haberse acompañado de una inversión suficiente en servicios públicos de cuidado de niños/as, ancianos/as, enfermos/as y discapacitados/as que facilitasen la conciliación buscada entre responsabilidades familiares y profesionales. Aumentar tanto en calidad como en cantidad los servicios públicos de cuidado de menores, mayores y enfermos/as y minusválidos/as se hace evidentemente necesario si se tiene voluntad política de terminar con la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo. Este hecho es reconocido reiteradamente por la UE que además contempla este sector de los “servicios de proximidad” como un Nuevo Yacimiento de Empleo.

En lo que se refiere al contenido de la norma, se sigue apreciando una insuficiente trasposición de la Directiva 92/85 (por ejemplo la ausencia de trasposición de los Anexos que determinan los agentes físicos, químicos y biológicos peligrosos para la salud de madre y feto, la ausencia de protección durante el periodo de lactancia). Algunas otras cuestiones importantes pueden objetarse a la norma adoptada. Puede seguirse afirmando que la protección por maternidad no funciona realmente ni funcionará a pesar de la Ley para un colectivo importante de mujeres, la inmensa mayoría de las “atípicas” es decir, las temporales y las a tiempo parcial.

Finalmente es de señalar que **el acoso sexual en el trabajo** constituye un problema importante al que ha debido enfrentarse la mujer desde su inserción en el mercado de trabajo. Las propias afectadas parecen concebirlo como un “precio” que deben pagar por mantenerse en éste. En el ámbito comunitario, la reacción frente a este fenómeno se ha producido a partir de 1987 año en que la Comisión de las Comunidades encargó un estudio al Experto Michael Rubenstein que demostró que la situación era tan grave en todos los Estados miembros, que debía ser tratada jurídicamente en ese ámbito. Sin embargo la propuesta de adoptar una norma vinculante sobre el te-

ma, no pudo prosperar y fue sustituida por la adopción de una serie de instrumentos de carácter atípico, en concreto por una **Resolución del Consejo de las CE de 29 de mayo de 1990 relativa a la protección de la dignidad del hombre y de la mujer en el trabajo (90/C 157/02)** y una **Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad del hombre y de la mujer en el trabajo (92/131/ CEE)** a la que acompaña un “Código de conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual en el trabajo”. Evidentemente estas normas no tienen eficacia jurídica vinculante y a la vista de las dificultades que se plantean para adoptar una norma vinculante específica en esta materia, se ha optado por incluir un concepto de acoso sexual en la **D/2002/73/CE** sobre igualdad en las condiciones de trabajo cuyo **art. 2.2.4** señala que el acoso sexual es aquella situación “*en que se produce cualquier comportamiento, verbal, no verbal o físico, no deseado de índole sexual, con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante humillante u ofensivo*” se añade que “*el acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva, se considerarán discriminación por razón de sexo y por tanto se prohibirán. El rechazo por la víctima de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo, no podrá utilizarse para tomar una decisión que la afecte*”.

El concepto que del acoso ofrece la **Recomendación de la Comisión** y desarrolla el Código de Conducta es mas completo. En el art. 1 de esta norma se señala que “*Se recomienda a los EEMM que adopten las medidas necesarias para fomentar la conciencia de que la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, resulta inaceptable si*

a)

dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma

b)

la negativa al sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de los trabajadores/as, se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y el empleo, sobre la continuación de su relación de trabajo los ascensos, el salario o cualesquiera otras condiciones de trabajo y/o

c)

dicha conducta crea un entorno laboral hostil, humillante o intimidatorio para la persona que es objeto de la misma.



Dicha conducta puede ser en determinadas circunstancias contraria al principio de igualdad de trato tal como se define en los arts. 3, a y 5 de la directiva 76/207 del Consejo CEE”.

En los siguientes preceptos de la Recomendación, la Comisión requiere de los EEMM que apliquen el Código de conducta en el sector público y que, de esa forma, sirvan de ejemplo para el sector privado animando al tiempo a los interlocutores sociales para que lo pongan en aplicación mediante la negociación colectiva.

Sin duda el acoso sexual constituye un fenómeno grave pues viola al tiempo varios derechos fundamentales: el derecho de libertad, el derecho a la dignidad, a la intimidad, a la salud, incluso al trabajo y, en la mayor parte de los casos, el de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo. En segundo lugar constituye un fenómeno complejo tanto por las acciones en que puede consistir y, por tanto, los tipos que puede asumir, como por los sujetos tanto activos como pasivos del mismo, de lo cual depende en gran medida la efectividad y la adecuación tanto de las medidas preventivas como de las sancionadoras a adoptar para hacerle frente.

El impacto que esta normativa ha producido en nuestro país, se limita a la inclusión en el art. 4.2.e ET, entre los derechos de los trabajadores en la relación laboral, *el derecho al “respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”*. Además, el art. 8.13 de la LISOS califica como infracción muy grave del ordenamiento jurídico *“El acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial cualquiera que sea el sujeto activo de la misma”*. Esta infracción es sancionable con una multa de 500.000 a 15.000.000 de pts.

Se puede observar claramente la insuficiencia de la previsión legal para clarificar el fenómeno, de tal manera que una parte importante de las propias destinatarias de la protección e, incluso, de los operadores jurídicos y de los interlocutores sociales, no tienen un conocimiento suficiente de lo que es el acoso sexual en el trabajo ni de los procedimientos de tutela utilizables frente al mismo. Sería necesaria una modificación normativa para adecuar y aclarar el alcance y significado del fenómeno y una gran campaña de sensibilización y de información de la sociedad en general, al menos en los términos que establece el Código de Conducta comunitario. Sobre el tema por el momento no existe jurisprudencia comunitaria pero el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en la Sentencia 224/1999 de 13 de diciembre en la que utiliza como

punto de referencia de su fallo el Código de conducta comunitario.

Finalmente la vista de los datos estadísticos publicados puede partirse de una afirmación claramente contrastable: **en el sistema español de protección social, la mujer se encuentra en situación de discriminación**. Dos estudios realizados por el Consejo Económico Social, el primero publicado en 1994 sobre *Situación de la mujer en la realidad socio-laboral española* y el segundo publicado en 1999 *Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de España 1998* y uno tercero específicamente dedicado al análisis de la *Protección social de las mujeres* publicado en el 2000, ponen de manifiesto una serie de datos significativos en este sentido.

En el **nivel contributivo** del sistema de Seguridad Social, es decir, el que proporciona a sus beneficiarios un nivel de protección superior, si bien las mujeres pensionistas (49%) son casi tan numerosas como los hombres (51%), existen grandes diferencias en función del sexo respecto del tipo de prestaciones que cada género percibe: en el conjunto de prestaciones sustitutivas del salario (desempleo, jubilación e invalidez básicamente) los hombres son absolutamente mayoritarios, mientras que las mujeres se incluyen mayoritariamente en la prestación por muerte y supervivencia: el 50% del total de pensiones que perciben las mujeres son pensiones de viudedad. Ello repercute notablemente en el importe medio de las cuantías de la pensión percibida: la pensión media femenina es bastante inferior a la media masculina y además la mujer es mayoritaria en el nivel de pensiones mínimas.

Respecto a las prestaciones del **nivel no contributivo** (nos referimos a las correspondientes a jubilación e invalidez implantadas en nuestro sistema de Seguridad Social por la Ley 26/90) que otorgan prestaciones de cuantía fija muy inferiores a las del nivel contributivo, absolutamente insuficientes para garantizar un nivel de vida digno, se ha señalado que se trata de prestaciones feminizadas, es decir, que la mayoría de sus perceptores son mujeres. La exclusión del nivel contributivo está produciendo, una progresiva feminización de la pobreza ya que existe un alto porcentaje de hogares formados por mujeres jubiladas o pensionistas solas, la cuantía de cuyas pensiones es absolutamente insuficiente para mantener un nivel de vida digno.

Esta situación claramente incompatible con el principio constitucional de igualdad, tiene una serie de causas directamente relacionadas con la situación de la mujer en el mercado de trabajo ya que es evidente que en un sistema de Seguridad Social como el español, de carácter aún fuertemente contributivo, la situación de los beneficiarios en el sistema de protec-



ción social, se encuentra directamente relacionado con la situación de los mismos en el mercado de trabajo. En primer lugar, la menor incorporación de la mujer al mercado legal de trabajo, y su demostrada mayor presencia en la economía sumergida, hace que quede mayoritariamente fuera del nivel contributivo de protección social, o bien, que acceda al mismo solo a través de **derechos derivados** como en el caso de la viudedad.

En segundo lugar, la asunción en exclusiva de las responsabilidades familiares obliga a las mujeres a interrumpir sus carreras de seguro y la mayor presencia en las modalidades contractuales atípicas –temporales y a tiempo parcial–, dificultan la acumulación de los largos periodos de carencia precisos para el acceso a las prestaciones del nivel contributivo (15 años para la de jubilación y de 5 a 15 para la de invalidez, 360 días para la de desempleo), relegando una vez a las mujeres hacia el nivel asistencial o en el peor de los casos hacia la ausencia de protección. En tercer lugar la situación de discriminación salarial, repercute en la cuantía de las bases reguladoras de sus prestaciones, como vimos mayoritariamente las mas bajas del sistema. La sobrerrepresentación de mujeres en los niveles retributivos más bajos tiene un segundo efecto importante: la imposibilidad de proceder a la autoprotección mediante su inclusión en el denominado **nivel complementario**, es decir, mediante la participación en Planes y Fondos de Pensiones. Las bajas cuantías salariales de las mujeres hacen difícil, si no imposible, el ahorro suficiente para buscarse una protección social suficiente a través de este nivel. Por tanto, la mejora de las condiciones de trabajo de las mujeres y los avances en la lucha contra la discriminación en el mercado laboral, repercutirían favorablemente en su situación en la protección social a medio y largo plazo.

El segundo tipo de causas que incide en la situación discriminatoria de la mujer en el sistema de protección social, son las que se podrían denominar normativas. Aunque sin duda el ordenamiento jurídico social post-constitucional ha sido muy depurado, resultando eliminadas casi todas las normas directamente discriminatorias que contenía provenientes de la etapa pre-constitucional, son apreciables algunas formas de tratamiento enormemente perjudiciales para las mujeres contenidas en algunas normas sobre todo reguladoras de regímenes especiales muy feminizados como el agrario o el de empleados/as de hogar que ofrecen un nivel muy inferior de protección y casi con seguridad estas formas de tratamiento podrían ser calificables de indirectamente discriminatorias y contrarias a la Directiva 1979/7/CEE.

De otro lado, resulta sorprendente que de forma reiterada se insista en los diferentes Programas de igualdad

de oportunidades entre hombres y mujeres, en la promoción del autoempleo femenino como forma de inserción en el mercado de trabajo de las mujeres, evidentemente con mayores dificultades para integrarse en el mercado asalariado; ello las conduciría inexorablemente a integrarse en el Régimen especial de Autónomos de la Seguridad Social, régimen que, como se reconoce reiteradamente por la doctrina, ofrece un nivel muy inferior de protección que el régimen general.

De mayor importancia si cabe resulta el posible carácter indirectamente discriminatorio de la regulación en materia de cómputo de los periodos de carencia en los contratos de trabajo a tiempo parcial. A pesar de que la regulación actualmente vigente mejora la anterior establecida en 1994, no la soluciona de forma absoluta ya que una cosa es el reflejo del tiempo y la cuantía de la cotización en la cuantía y duración de las prestaciones y otra distinta el tiempo mínimo exigido para acceder a la protección, o periodo de carencia, el cual debería computarse en función del tiempo en activo o en alta en el Sistema con independencia del número de horas o días en que se trabaje efectivamente.

Además, es evidente que las prestaciones sociales de ayuda a la familia por hijo menor o minusválido a cargo, concebidas con el objetivo de favorecer la maternidad y apoyar las cargas familiares, facilitan al tiempo la integración de las mujeres en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades. Respecto de ellas el propio CES ha reconocido expresamente la insuficiencia (cualitativa y cuantitativa) de este tipo de prestaciones en España. Por lo que se refiere al esfuerzo presupuestario que respalda este tipo de prestaciones, como señala expresamente el CES la ayuda a la familia se encuentra anclada en España en un porcentaje del PIB muy por debajo del esfuerzo que realizan otros países siendo muy inferior a la media europea.

Finalmente señalar respecto de la titularidad de los derechos a la protección, la Comisión de las CEE ha señalado que el cambio de rol social de hombres y mujeres, exige una adaptación de los sistemas de protección en el sentido de una mayor individualización de los derechos de protección y la búsqueda de nuevos instrumentos para conciliar la vida profesional y familiar que no obstaculice la carrera de seguro de las mujeres.

En conclusión, se puede decir que a lo largo de la última década, el Derecho Social ha recibido el impacto de la integración de la mujer en el mercado de trabajo y ha realizado una adaptación –parcial– de la normativa interna a la comunitaria pero sin duda de una manera lenta, aún insuficiente y en algunas ocasiones, como se acaba de demostrar mediante la Ley de conciliación, incluso podría decirse que contradictoria.



Medidas para la igualdad

VICEPRESIDENCIA PRIMERA DEL GOBIERNO.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA.

Madrid, 3 de Marzo de 2005

D E R E C H O E S P A Ñ O L

PREÁMBULO

En los últimos 25 años, las mujeres españolas han protagonizado el mayor avance de toda su historia. Sin embargo, la realidad social y económica no refleja aún la igualdad plena y efectiva de derechos que reconoce la Constitución a la mujer como parte de su estatuto de ciudadanía.

El desempleo femenino es superior al masculino, a pesar de la intensa creación del empleo de las mujeres. Se mantiene una diferencia salarial relevante por el mismo trabajo. Las responsabilidades familiares siguen siendo asumidas casi exclusivamente por las mujeres y persisten las dificultades para conciliar la vida familiar y profesional.

La violencia de género se cobra cada año un número insoportable de mujeres asesinadas por sus parejas.

En definitiva, la discriminación histórica de las mujeres aún no se ha erradicado en una sociedad que sigue sin ofrecer iguales oportunidades a todos sus ciudadanos y ciudadanas.

De todo ello ha sido y es muy consciente este Gobierno, que ha hecho de la igualdad y de la defensa de los derechos de la mujer, comenzando por su derecho a la vida y a la libertad, amenazadas por la plaga de la violencia de género, una de las banderas de su acción política.

La propia formación, por parte del Presidente José Luis Rodríguez Zapatero, del primer Gobierno paritario de la historia de España constituye buena prueba de que su compromiso con esta lucha vendría avalado por la contundencia de los hechos.

Después, de manera inmediata, el Gobierno aprobó una serie de medidas urgentes para atajar la violencia y los asesinatos de mujeres, a las que se ha unido la que ha sido la primera Ley de esta legislatura, la Ley contra la violencia de Género, que todos hemos tenido la satisfacción de ver aprobada por unanimidad.

Se ha elaborado también el Libro Blanco de la Dependencia, instrumento valioso para comenzar a poner en manos de toda la sociedad el peso que ahora de manera tan injusta y discriminadora soportan casi exclusivamente las mujeres. Y se está preparando, además de este Plan de Dependencia, una Ley de Igualdad y otra para promover la conciliación de la vida familiar y laboral.

Además, el Consejo de Ministros ha ido adoptando en el transcurso de estos primeros meses, decisiones todas ellas favorecedoras de la igualdad entre hombres y mujeres. Entre ellas destacan las relacionadas con el empleo público, la protección de la maternidad, y la cooperación internacional.



Hoy, con motivo de la celebración el próximo 8 de marzo del Día Internacional de la Mujer y coincidiendo con la Conferencia Mundial sobre Igualdad de Género en las Naciones Unidas, el Consejo de Ministros quiere dar un nuevo e importante paso adelante en estas políticas.

Para ello, ha aprobado un Acuerdo por el se adopta un conjunto importante de medidas para avanzar en las distintas líneas de actuación que contribuyen día a día a que disminuya la desigualdad en todos los ámbitos de la vida cotidiana.

Todos y cada uno de los departamentos ministeriales se han esforzado y comprometido con esta acción de gobierno. Todos ellos han aportado medidas a este conjunto de iniciativas.

Del seguimiento de su puesta en marcha y desarrollo se encargará el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la Secretaría General de Políticas de Igualdad. La Vicepresidenta primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, presentará al Consejo de Ministros un informe sobre su grado de cumplimiento, durante el primer trimestre de 2006.

Las medidas que hoy aprueba el Consejo de ministros son las siguientes.

MUJER Y EMPLEO

Se acuerda que el 60% de las acciones del Plan Nacional de Acción para el Empleo se dirijan a mujeres. Lo que supondrá que a lo largo de este año, se llevarán a cabo 1.050.000 acciones. Además, todos los programas públicos de fomento del empleo, tanto a efectos de subvenciones como de medidas de mejora de la ocupabilidad, considerarán como objetivo prioritario a las mujeres.

Se acuerda introducir en los pliegos de cláusulas de contratación con la Administración Pública, criterios que favorezcan la contratación de mujeres por parte de las empresas que concursan.

En la Administración General del Estado y los organismos públicos y empresas de ella dependientes, los órganos de selección de personal tendrán composición paritaria.

Se acuerda establecer instrumentos para favorecer el acceso de la mujer a puestos de responsabilidad en la Administración General del Estado y los organismos públicos y empresas de ella dependientes, hasta alcanzar la paridad.

Igualmente se acuerda establecer un porcentaje de reserva, de al menos un 5% para el acceso a aquellas ocupaciones de carácter público con baja representación femenina. Esta medida, tras el acuerdo con los interlocutores sociales, se hará extensiva al sector privado.

Se establecerán medidas para fomentar la incorporación e integración de la mujer en las Fuerzas Armadas:

- Se crea el Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas que tendrá la función de analizar los procesos de selección, la integración y permanencia de la mujer en las FAS, así como la realización de un estudio sobre impacto de género.
- Se acuerda adecuar los acuartelamientos para mejorar la calidad de vida de las mujeres de las FAS.
- Se garantiza la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para la selección, ascenso y asignación de destinos.

Se acuerda firmar un convenio con la Asociación de Mariscadoras de Galicia (AGAMAR), con el objetivo de encontrar fórmulas alternativas de empleo en el sector de la pesca y de la acuicultura.

Se acuerda suscribir un convenio con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para promover la igualdad de oportunidades en el sector pesquero y de la acuicultura, mediante la formación y la asistencia técnica.

MUJER Y EMPRESA

Se acuerda establecer un programa de actuaciones e incentivos, negociados con los agentes sociales, que promuevan la incorporación de mujeres a los órganos de dirección de las empresas y a sus consejos de administración.

Se acuerda dar continuidad al convenio suscrito entre el Instituto de la Mujer, la Dirección General de la Pequeña Empresa y la Caixa para facilitar la concesión de microcréditos a mujeres emprendedoras y empresarias. Además, se acuerda ampliar estos convenios con otras entidades financieras.

Se acuerda firmar un convenio entre el Instituto de la Mujer y la Escuela de Organización Industrial para realizar cursos sobre creación o consolidación de empresas.

Se acuerda que en la convocatoria de los premios "Príncipe Excelencia Empresarial" se incluya como elemento de valoración el esfuerzo realizado a favor de la paridad en el empleo y la conciliación de la vida laboral y familiar.

CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

Se aprueba en el ámbito de las administraciones públicas, previa negociación con las centrales sindicales, el establecimiento de una modalidad específica de jornada a tiempo parcial, con la correspondiente disminución retributiva, a la que podrán acogerse quienes tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de doce años o personas con discapacidad.



Se habilita, previa negociación con las organizaciones sindicales, a las autoridades competentes para que autoricen con carácter personal y temporal la modificación del horario fijo de los empleados y empleadas públicos, con mantenimiento íntegro y flexible de la jornada laboral que les corresponda.

Se aprueba un programa de creación de 25 escuelas infantiles en establecimientos militares de Madrid, Galicia, Extremadura, Andalucía, Aragón, Murcia, Canarias y Castilla La Mancha. De ser preciso, esta medida se ampliará a otros establecimientos militares.

Igualmente en la Administración General del Estado se adoptarán medidas de esta naturaleza.

Se acuerda ampliar, el tiempo de reserva del destino de los militares profesionales en situación de excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos, de modo que se equipare al del personal de la Administración Civil.

MUJER E INVESTIGACIÓN

Se acuerda crear una unidad específica de “Mujer y Ciencia” para abordar la situación de las mujeres en las instituciones investigadoras y mejorar su presencia en las mismas.

Se acuerda incluir, como criterio adicional de valoración en la concesión de ayudas a proyectos de investigación, la participación de mujeres en los equipos de trabajo.

Se acuerda la elaboración de un informe anual sobre salud y género que se presentará ante el Parlamento. Asimismo, se acuerda elaborar un informe sobre la salud sexual y reproductiva, lema del Día Mundial de la Salud del año 2005.

Se acuerda promover la coedición de un libro entre el Ministerio de la Presidencia y las Cortes Generales para dar a conocer la actividad parlamentaria de las mujeres que fueron diputadas en la I Legislatura de la democracia.

Se acuerda promover la creación de un premio anual, en colaboración con las Cortes Generales, para distinguir las obras o estudios que aporten conocimiento o subrayen el significado de la participación de las mujeres en la vida política, y especialmente parlamentaria.

MUJER Y SOLIDARIDAD

Los programas apoyados por la Agencia Española de Cooperación Internacional tendrán entre sus prioridades la lucha contra la discriminación que sufren las mujeres.

Se acuerda autorizar al Gobierno a suscribir el acuerdo marco entre el Reino de España y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), organismo que vela por las necesidades y propuestas de los movimientos de mujeres de todo el mundo.

MUJER Y DEPORTE

Se acuerda crear, dentro del Consejo Superior de Deportes, una unidad con carácter permanente para desarrollar el programa Mujer y Deporte.

Igualmente, a través del Consejo Superior de Deportes se subvencionará a la Comisión Mujer y Deporte del Comité Olímpico Español.

Se acuerda la firma de un convenio entre el Consejo Superior de Deportes y el Instituto de la Mujer para promover el deporte femenino.

Se encomienda al Consejo Superior de Deportes que en todas las campañas o exposiciones para el fomento del deporte se aplique el principio de paridad.

Se acuerda que el Consejo Superior de Deportes promueva estudios de investigación, análisis y estadísticas dirigidos a fomentar la igualdad de género en el deporte.

OTRAS MEDIDAS PARA LA IGUALDAD

Se aprueban, dentro del Plan para la Igualdad de Género en la Administración General del Estado, las siguientes medidas:



Medidas de promoción de la igualdad de género en el acceso al empleo público:

- Todas las convocatorias de los procesos selectivos para el acceso al empleo público incluirán, en su caso, la mención a la infrarrepresentación de personas de alguno de los dos sexos.



Medidas de promoción profesional de las empleadas públicas:

- El Observatorio del Empleo Público incluirá una sección con la misión de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de género, canalizará las quejas que se le planteen en relación con su vulneración y formulará recomendaciones y sugerencias para su desarrollo.
- Se reservará al menos un 40% de las plazas en los cursos de formación del personal adscrito a la Administración General del Estado para adjudicarlas a las mujeres que reúnan los requisitos exigidos en las convocatorias.

- Previo acuerdo con las organizaciones sindicales, todos los Departamentos Ministeriales establecerán dentro de sus planes de formación actividades encaminadas a la promoción interna de sus empleadas.
- En la provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de libre designación, se guardará la proporcionalidad con la representación que cada género tenga en grupo de titulación correspondiente.
- Se garantizará la paridad entre hombres y mujeres en la composición de los órganos colegiados de la Administración General del Estado y en los Comités de Expertos.

Medidas para promover el valor de la igualdad de género en la Administración:

- Se realizarán cursos y seminarios destinados a la formación de los empleados públicos en el valor de la igualdad de género.
- Todos los temarios aprobados para la celebración de pruebas selectivas para el acceso al empleo público incluirán temas relativos a la normativa vigente en materia de igualdad de género.

Medidas relacionadas con la lucha contra la violencia de género en la Administración:

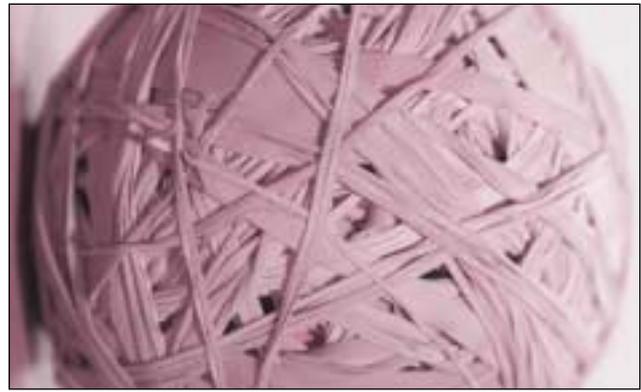
- Se modificará el Reglamento de Situaciones Administrativas para introducir una modalidad de excedencia con reserva de plaza por violencia de género.
- Se tipificará en el Reglamento de Régimen Disciplinario el acoso sexual y laboral en las relaciones profesionales de los empleados públicos.
- Se adoptarán las medidas correspondientes para hacer efectivo el derecho preferente en la provisión de puestos de trabajo de las empleadas públicas que hayan sido víctimas de violencia de género.

Se acuerda implantar en las webs de todos los Ministerios y organismos públicos, secciones específicamente dedicadas a facilitar información orientada a la promoción de la igualdad.

Se acuerda que las estadísticas públicas contengan datos desagregados por sexo que faciliten información sobre la situación social de las mujeres en los diferentes ámbitos objeto de estudio y aplicar, en su caso, políticas públicas de igualdad.

Se acuerda suscribir un acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y la Federación de Municipios y Provincias para promover planes de igualdad.

Se encomienda al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación que en la elaboración de la Ley de



Orientación del Desarrollo Rural y la Agricultura, se promueva la participación plena de la mujer en la economía y sociedad rurales.

Se acuerda que los jurados que conceden los Premios Nacionales de las distintas disciplinas científicas y artísticas, tengan una composición paritaria.

Se acuerda establecer un premio institucional al tratamiento de la mujer en la publicidad que, con carácter anual, premiará el anuncio o campaña publicitaria comercial que más valore y dignifique el papel de la mujer, desde un punto de vista cívico y social, y promueva la igualdad de derechos y oportunidades entre sexos.

LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Se dispone la creación y constitución de Juzgados de violencia contra la mujer.

Se crea la Delegación especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y se regula su estructura y funciones.

Se aprueba la puesta en marcha de un Plan específico para la inserción laboral de las mujeres víctimas de violencia de género, previa concertación con las Comunidades autónomas.

Se acuerda suscribir convenios de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española para la implantación efectiva del servicio de teleasistencia.

Se acuerda la organización de cursos de formación dirigidos a profesionales sanitarios para mejorar sus recursos profesionales en las consultas de atención primaria.

Se acuerda que el Plan de Vivienda, que se aprobará próximamente, incluya criterios de adjudicación que contemplen la atribución de viviendas protegidas a mujeres que hayan sufrido violencia de género, así como a las familias monoparentales.

La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género

POR AGURTZANE GOIRIENA LEKUE.

Profesora Colaboradora de Filosofía del Derecho.
Departamento de Derecho Constitucional,
Administrativo y Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco.

1.- INTRODUCCIÓN

La reciente aprobación del Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio ha reabierto la polémica acerca de la guarda compartida de los hijos e hijas comunes en situaciones de separación o divorcio. Con objeto de aportar algunas reflexiones sobre esta controvertida cuestión, considero que los ejes sobre los que gira la discusión son a mi modo de ver, dos. En primer lugar, si el interés superior del/la niño/a es el que debe protegerse por encima de cualquier otro interés legítimo que pudiera haber en un proceso de separación o divorcio, habrá que determinar cuál es el contenido del interés del menor en la guarda, siquiera de manera abstracta, toda vez que el interés en concreto de un menor determinado tendrá que ventilarse en el juicio correspondiente atendiendo a las pruebas practicadas en el mismo. En segundo lugar, debemos evaluar si la aplicación judicial del principio de interés del menor no está sesgada por el género, o si por el contrario existe algún tipo de discriminación en base al sexo¹. Es decir, analizar si el principio del interés superior del niño y el principio de igualdad entre mujeres y hombres entran en conflicto en la atribución judicial de la guarda en los casos de separación y divorcio en la actual regulación y si el régimen de custodia compartida aúna el respeto por ambos principios.

2.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL/LA NIÑO/A

El interés del/la menor es un principio jurídico general producto de la evolución ideológica y social de los derechos de la personalidad que permite analizar los intereses existentes en las relaciones familiares y en general en todas las relaciones interpersonales en que participen los menores, afrontando los conflictos de intereses desde la óptica de la primacía del interés del menor². Esta nueva valoración se fundamenta en una mayor atención a las necesidades de toda índole del/la niño/a como persona y, particularmente, en cuanto persona vulnerable y en formación. El principio,

1

Retomamos aquí la distinción analítica entre sexo y género de la socióloga inglesa A. Oakley, para quien el “sexo” sería un atributo biológico, mientras que el “género” hace referencia a lo psicológico y a lo cultural. Aunque dicha distinción ha sido puesta en cuestión a partir de 1990, toda vez que comienza a demostrarse que también el sexo se construye socialmente, y no sólo el género, como se había planteado hasta ese momento. En este artículo, utilizo el término “género” para designar el carácter cultural de los atributos y funciones de las mujeres y los hombres.

2

Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, Dikynson, Madrid, 2000.

3

El mencionado Principio 2 dice textualmente “*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

4

HUAITA ALEGRE, M. “Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña”, en *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Lom, 1999, p. 545.

5

Artículos 39.3 y 39.4 de la CE.

6

Así como en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, entre otras.

7

GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 115.

8

Esta doctrina tuvo su auge en el siglo XIX y fue considerada una victoria y un fracaso para las mujeres. Una victoria porque supuso un giro en la preferencia por el padre al otorgar la custodia de un/a hijo/a; un fracaso porque reforzó el rol tradicional de la mujer madre y ama de casa.

9

Código del Distrito de Columbia, 1981. District of Columbia Code-Annotated. 1981 Edition. (DC Code). Vol. 5. Michie. Charlottesville, Virginia. Replacement 1997.

10

GARCÍA PASTOR, M. *op. cit.*, p. 115.

11

HUAITA ALEGRE, M. *op. cit.*, pp. 556, 557.

12

Véase GOLDSTEIN, J.; FREUD, A. y SOLNIT, A. *Beyond the Best Interest of the Child*, The Free Press, A Division of MacMillan Publishing Co., Inc., 1973, 1979, y *Before the Best Interest of the Child*, The Free Press, A Division of Macmillan Publishing Co., Inc., 1979. Más recientemente, GOLDSTEIN, J. “¿En el interés superior de quién?”, en BELOFF M. (Compiladora), *Derecho, Infancia y Familia*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2000, pp. 115-129.



reconocido por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y recogido en los Convenios internacionales, ha ido incorporándose a los ordenamientos jurídicos modernos, mediante la adecuación de sus normas a los principios generales recogidos en dichos instrumentos jurídicos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, representa el principal instrumento internacional en esta materia. El interés superior del niño es uno de los principios primordiales recogidos en la citada Convención, cuyo artículo 3.1 reza “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. A pesar de que no exista una exacta definición de este principio, podemos decir que el mismo incluye el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño, tal y como se infiere del Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386, de 20 de noviembre de 1959³. Por su parte, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño sirve de criterio general para la interpretación de cualquier otro artículo de la Convención, entre otros, el 9.3, referente a la separación entre madre y padre, y el 18.1, referido a las responsabilidades de ambos, y como tal es un principio mediador que puede contribuir a la resolución de conflictos entre derechos diferentes⁴.

Este principio ha sido acogido por la legislación española tras la Constitución de 1978⁵, y fue el criterio rector de la reforma efectuada en esta materia por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981⁶. Este reflejo en el orden legislativo le hace ser considerado el principal criterio interpretativo que debe regir todas las decisiones judiciales relativas a las y los menores de edad.

3.- EL INTERÉS DEL/ LA MENOR EN EL ÁMBITO DE LA GUARDA

Efectivamente, el interés del menor es el criterio que debe presidir todas las decisiones concernientes a su guarda⁷. Ahora bien, depende de la consideración que se tenga acerca de lo que integra el contenido del interés del niño o de la niña en los supuestos de guarda, se elegirá un criterio u otro de atribución de la guarda y custodia. Prueba de ello son las diversas doctrinas existentes sobre este extremo, que responden a las diversas concepciones vigentes del interés del menor.

3.1 Principales doctrinas relacionadas con la atribución judicial de la guarda

1 Doctrina de los años tiernos

En virtud de esta doctrina se presume que toda madre, por el hecho de serlo, está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los/las hijos/as y que el/la niño/a durante sus primeros años de vida necesita más a su madre que a su padre dado que la primera posee una mayor capacidad de cuidado que el segundo. En aplicación de tal presunción, la custodia de un niño o una niña se entrega a la madre, a menos que sea declarada incapaz⁸. Esta doctrina asume implícitamente que el interés del niño es permanecer con su madre, por las razones antedichas, y en la legislación española ha estado vigente, con diversas modalidades, hasta 1990.

2 Doctrina del interés superior del niño o niña

En virtud del concepto de “interés superior”, la atribución judicial de la guarda de un niño o niña se fundamenta en las necesidades y deseos éstos y en la capacidad de la madre o el padre para cubrir sus necesidades de cuidado y atención. Para su determinación se tienen en cuenta diversos factores, que han tenido su reflejo y desarrollo en las legislaciones de algunos estados⁹. En la le-

gislación española en cambio, no se ofrece ningún criterio legal que especifique cuál es el interés del/la niño/a en la atribución judicial de la guarda, dejándose este extremo a la apreciación personal del juez¹⁰.

3 Doctrina de la custodia compartida

Las características fundamentales de esta doctrina residen en:

- madre y padre son igualmente importantes en la vida física y psicológica del niño;
- ambos comparten la autoridad para la toma de decisiones acerca de los niños;
- ambos cooperan en compartir la autoridad y las responsabilidades en la crianza de los niños;
- los niños pasan una notable cantidad de tiempo viviendo con sus madres y padres.

El principal argumento esgrimido a favor de esta doctrina es que el interés superior del/la niño/a radica en proteger y promover una cercana relación con ambos progenitores y que la custodia compartida es la mejor manera de que el/la niño/a no “pierda” a ninguno de ellos como consecuencia de la separación o divorcio¹¹.

4 Doctrina de la presunción de el/ la dador/a de cuidados básicos

Esta doctrina propone la atribución de la custodia del niño o la niña a la persona que asumió su cuidado diario y desarrolló con él o ella un vínculo más fuerte, especialmente cuando son muy pequeños, favoreciendo de esta manera a quien más se involucró durante la convivencia anterior a la separación o divorcio. El núcleo central de esta doctrina lo constituye el denominado “principio de continuidad”, acuñado en el ámbito de la psicología¹², que se fundamenta en la consideración de que el interés del/la menor reside en poseer la mayor estabilidad emocional posible en las situaciones de ruptura dado el cambio que supone para el/la menor. En su aplicación se reduce enormemente



el margen de discrecionalidad que posee el juez, puesto que las pruebas versarán sobre cuál de los dos progenitores ha procurado mayores cuidados afectivos durante la convivencia.

5

Otras propuestas

Otra variante intermedia entre las dos anteriores es la conocida como “dualidad paterna/dual responsabilidad”, en virtud de la cuál la custodia no se le entrega a uno de los progenitores sino que ambos la comparten, pero de una manera proporcional a la responsabilidad y dedicación ofrecida durante la convivencia¹⁵.

En este mismo sentido, también se ha planteado que la guarda debe mantenerse lo más cercana posible a como era la situación de la familia previa a la ruptura, de forma que en los casos en que exista un progenitor que sea el/la “dador/a de cuidados básicos”, éste debería continuar asumiendo la guarda de las hijas e hijos, mientras que en aquellos casos en los que el otro progenitor también ejerció responsabilidades en dicho cuidado, podría aplicarse la fórmula de la custodia compartida o de la dual responsabilidad, según como haya funcionado en la práctica durante la convivencia¹⁴.

3.2

Determinación del contenido del interés del menor

De la exposición anterior se deduce que, dado que el interés superior del/la niño/a se convierte en la piedra angular de la concesión de la guarda, es fundamental determinar cuál es el interés del/la niño/a en dicho ámbito, puesto que una vez determinado su contenido, se podrá proceder a establecer el criterio que mejor responda a la protección de dicho interés.

Ahora bien, siendo el interés un concepto jurídico indeterminado, abierto y susceptible de variadas interpretaciones, es preciso analizar si el propio Código ofrece algún criterio legal que concrete cuál es el interés del/la niño/a en la atribución judicial de la guarda, es decir, cómo ha de ser inter-

pretado el interés del/la menor. A este respecto, el único criterio que ofrece la ley es el de no separar a los hermanos, indicador que de poco sirve para identificar el mejor interés del niño o niña¹⁶. Esta deficiencia permite en la práctica dejar la decisión sobre la guarda al criterio personal del juez. Por tanto, es preciso establecer criterios que permitan al juez adoptar la decisión sobre la guarda que mejor preserve el interés del/la menor concreto¹⁶.

1

El interés del menor es el bienestar del niño: el argumento de la estabilidad o continuidad

En la doctrina jurídica las opiniones acerca de lo que es el interés del/la menor en la guarda han sido variadas. No obstante, la mayoría de las opiniones coinciden en identificarlo con su bienestar físico y sobre todo, emocional. En este sentido, y a falta de determinación del concepto por la doctrina española, los autores anglosajones se remiten al significado de “welfare” (bienestar) ofrecido por la jurisprudencia. Así, se entiende que “welfare” es una palabra omnicomprendensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el propio carácter, personalidad y talentos del niño¹⁷. La jurisprudencia también ha acogido en ocasiones dicha concepción del interés del menor¹⁸.

En realidad, estas concepciones son deudoras de las investigaciones llevadas a cabo por la moderna psicología, determinantes a la hora de considerar que la circunstancia más importante tanto para el adecuado desarrollo del menor en la actualidad, como para su futuro como adulto, es su bienestar afectivo en la ni-

ñez. El Derecho no ha hecho más que hacerse eco de ello.

De acuerdo con lo expuesto, en el ámbito de la guarda el interés del menor reside en su bienestar físico y sobre todo emocional, considerado como el principal factor para preservar el derecho fundamental al adecuado desarrollo de la personalidad del/la niño/a. Coincide en este sentido con la definición dada por la Declaración de los Derechos del Niño, antes apuntada.

No obstante, es preciso establecer cómo se determina dicho bienestar, lo que nos obliga nuevamente a acudir a la psicología moderna¹⁹ que considera que el niño necesita para desarrollarse adecuadamente de un “progenitor psicológico”, es decir, de un adulto que partiendo de una relación diaria y continua, satisfaga sus necesidades biológicas y emocionales. Este ha de ser, por lo tanto, el criterio para asignar la guarda del menor. Si ambos progenitores poseen potencialmente las aptitudes necesarias para desarrollar esta labor existe un segundo criterio: el principio de continuidad, en virtud del cuál el/la niño/a necesita mantener la continuidad de sus relaciones, con referencias estables para poder llevar a cabo un desarrollo psicológico normal, máxime en situaciones de ruptura, cuando su medio ambiente familiar sufre cambios²⁰. En aplicación de este segundo criterio, su guarda deberá concederse al progenitor que en el momento de la decisión sobre la guarda sea su “progenitor psicológico”, que tenga una fuerte relación afectiva con el/la niño/a, toda vez que éste será quien garantice la continuidad de su desarrollo psicológico.

En consecuencia, podemos concluir que en el ámbito de la guarda en los supuestos de separación y divorcio, el interés del menor reside habitualmente en permanecer al cuidado del progenitor con quien posee una relación afectiva más fuerte, que a su vez recaerá en aquel que ha asumido su cuidado diario durante la convivencia. Este criterio ha tenido su reconocimiento en la doctrina denominada “Primary



13 CZAPLANSKIY, K. “Child Support and Visitation: Rethinking the Connections”, en MINOW, M., *Family Matters: Readings on Family Lives and the Law*, 1993, p. 350.

14 SCOTT, E. “Pluralism, Parental Preference and Child Custody”, *80 Cal. l. Review*. 615, 617, citada por HUAITA ALEGRE, M., *op. cit.* p. 566.

15 Compartimos con GARCÍA PASTOR que el criterio legal de la no separación de los hermanos es tan sólo un criterio complementario que no zanja el problema de la guarda consistente en decidir con qué progenitor han de permanecer los hijos.

16 GARCÍA PASTOR, M. *op. cit.*, p. 116.

17 Definición dada por el juez Hardy Boys en el caso *Walter v. Walter and Harrison* (1981) en Nueva Zelanda, citada por RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 72.

18 Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 12 de julio de 1995, a cuyo tenor, “*hay que tratar de aproximarse a una infancia feliz, como sustento primario y preciso para el desarrollo de la personalidad*” Énfasis añadido.

19 Desarrollado profusamente en GOLDSTEIN, J., FREUD, A. y SOLNIT, A. *Beyond the Best Interest of the Child*, *op. cit.*

20 GARCÍA PASTOR, M., *op. cit.*, p. 117.

21 Entre otras, SAP La Coruña, de 14 de marzo de 1995, SAP Barcelona, de 11 de febrero de 1998, SAP Barcelona, de 9 de febrero de 1999, SAP Barcelona (Sección 18ª), de 5 de mayo de 2003.

22 IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 39-41. La curativa es mía.

Caregiver Preference”, anteriormente expuesta. A su vez, ha tenido su reflejo en la jurisprudencia mediante la aplicación del criterio del mantenimiento del statu quo o de la situación anterior, y es actualmente el mayoritariamente utilizado en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales referentes a este extremo²¹. Es la razón fundamental por la que se concede la guarda mayoritariamente a las madres, toda vez que siguen siendo ellas las que actualmente desempeñan el papel fundamental en la crianza de los hijos e hijas.

2

El interés del menor requiere del contacto frecuente y continuo con ambos padres

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9.3 establece que “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.

Cabe preguntarse si del enunciado del precepto se infiere que el interés superior del/la menor requiere del contacto frecuente y continuo con ambos progenitores regularmente. Si convenimos en que el interés superior del menor es su bienestar emocional –más que el físico y material–, habrá de determinarse si su derecho a ser cuidado por ambos progenitores es garantía de su bienestar emocional. Entiendo que dicha afirmación requiere de alguna matización, es decir, lo será siempre y cuando se den determinadas condiciones.

La Convención en el artículo reproducido *ut supra* tampoco dispone que ése sea el contenido del interés superior del/la menor. La continuidad del vínculo del/la menor con sus progenitores es efectivamente un *derecho* del/la niño/a, pero no tiene por qué ser el *interés superior* del/la niño/a. Puede ser incluso contrario al interés del menor. Prueba de ello es que el derecho del niño a relacionarse directa y personalmente con ambos progenitores de modo regular cede si ello es lesivo para el interés (bienestar) del menor, como expresa la propia Convención.

Vamos a tratar de analizar si la custodia compartida es la mejor manera de preservar dicho interés. “Elegir la mejor solución es siempre obligado para todo aquel que ejercite una función, esto es, un poder otorgado en consideración al interés de otros”, en este caso el interés del menor que es el que prevalece sobre cualquier otro interés legítimo. “La razonabilidad de una opción no deriva de una estimación suya aislada sino comparativo contextual. *Una decisión prima facie mala en sí misma se revela buena cuando el resto de las decisiones alternativas son todavía peores, de tal forma que la solución menos mala se convertiría en una buena solución. Y al revés (en sentido inverso), una decisión prima facie buena se torna mala ante alguna alternativa mejor*”²². Esta aseveración es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, puesto que partiendo de la consideración de que una separación o divorcio, siempre va a causar algún daño al/la menor o menores que haya por medio, se trata de elegir la solución menos mala. De hecho, el estándar del interés superior ha sido denominado estándar de la alternativa menos perjudicial posible.

Aplicando este razonamiento, se concluye que si el interés superior del niño es su bienestar para el adecuado desarrollo de su personalidad, y en el ámbito de la guarda implica quedar al cuidado del progenitor con el que mantiene una relación afectiva más estrecha, la fórmula de la custodia compartida será la mejor forma de preservar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente, siempre y cuando esta fórmula no perjudique su estabilidad emocional que es el requisito para un adecuado desarrollo de su personalidad. Ello significa que cuando se pueda aunar el bienestar emocional del niño con su derecho a mantener relaciones lo más regulares posibles con ambos progenitores, la custodia compartida será la fórmula idónea. En caso contrario, si las condiciones de ejercicio de la custodia compartida ponen en riesgo el bienestar emocional del niño, la primera cede en favor del segundo en aras a preservar dicho bienestar.



En conclusión se puede afirmar que la custodia compartida podría ser una buena fórmula, siempre y cuando se den una serie de condiciones para su ejercicio. Si concurren las condiciones, habrá que ver cuál es la fórmula concreta de alternancia de los períodos de convivencia con cada uno de los padres, flexible y adaptable a las circunstancias del caso, como por ejemplo la edad del menor, la distancia geográfica entre los domicilios materno y paterno, las obligaciones laborales, etc., factores que condicionan la distribución de los períodos de convivencia. Si no concurren, habrá que establecer otro régimen de guarda.

La primera condición es que ambos progenitores sean aptos para el ejercicio de la guarda, sin que estén en condiciones que lo puedan descalificar. La aptitud o idoneidad del progenitor se erige, por tanto, en una condición *sine qua non* para el establecimiento de este régimen de custodia, que cede por tanto, cuando se produzca alguna circunstancia que se considere pueda perjudicar el bienestar del menor (alcoholismo, drogadicción, malos tratos...).

Una segunda condición para el establecimiento de esta modalidad es que la relación entre los cónyuges sea lo suficientemente fluida como para poder consensuar valores y pautas de conducta en relación con la educación y los cuidados del/la menor. A diferencia de otro tipo de pleitos, en los procesos matrimoniales sobre guarda y custodia, el conflicto no se resuelve con la decisión judicial. Por el contrario, éste se puede agudizar resultando perjudicial para el bienestar emocional del niño –que es el que a tenor de la ley debe protegerse–. En consecuencia, si no se da este presupuesto, el bienestar emocional del niño probablemente va a resultar afectado. Por ello, el establecimiento de un régimen de custodia compartida habrá de ser necesariamente el resultado de un acuerdo que suponga un compromiso y una responsabilidad en la crianza de la descendencia, resultando del todo punto contraproducente su imposición, por ser contraria a la filosofía que en ella subyace. Estas consideraciones son igualmente aplicables a la

propuesta de la dual responsabilidad. La mediación familiar como sistema alternativo de resolución de conflictos, se evidencia como la única opción viable en aras a conseguir dicho compromiso –tal y como lo preveen las legislaciones²³ que han acogido la fórmula de la custodia compartida al objeto de presentar al juez un “plan de coparentalidad” o “plan de responsabilidad parental” establecido de mutuo acuerdo–. No obstante, el recurso a la mediación ha de ser voluntario por parte de ambos progenitores para que sea eficaz, de lo contrario se corre el riesgo de reproducir el conflicto que se pretende solucionar y ahondar en la desigualdad existente entre mujeres y hombres.

4.- EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE GÉNERO EN LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA

Vamos a analizar si se produce o no discriminación por razón de sexo con el actual modelo de atribución de la custodia.

4.1

La regulación actual no es discriminatoria

La actual Ley de Divorcio, de 7 de julio de 1981, no es discriminatoria con respecto a los cónyuges varones en la atribución de la guarda y custodia de los/las hijos/as. Y ello porque tras la reforma del Código Civil operada en 1990, ambos cónyuges pueden acceder igualmente a la custodia, cuando esta es discutida. La letra de la ley no presenta en este aspecto ningún indicio de discriminación²⁴.

4.2

Discriminación en la aplicación de la ley

Cabe preguntarse si la discriminación se produce en la aplicación de la ley, tal y como apunta la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley actualmente en curso. En efecto, en ella se sugiere que es en su aplicación donde se producen situaciones de discriminación que van en detrimento de la igualdad de los cónyuges con respecto a sus deberes paterno-filiales, por cuanto que reproducen los modelos

23

En el Derecho francés, la Ley 2002-305 sobre la Autoridad Parental, de 4 de marzo de 2002 ha supuesto una modificación sustancial con respecto a la regulación anterior. Para un análisis sintético sobre la guarda compartida en el Derecho francés, véase TENA PLAZUELO, I. “La Guarda Compartida en Derecho Francés”, en *Aequalitas*, n° 7, mayo-agosto 2001, Universidad de Zaragoza, Instituto Aragonés de la Mujer, Zaragoza, pp. 6-13.

24

El artículo 90 con respecto a las separaciones de mutuo acuerdo establece “la *persona* a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos/as...” siendo aplicable al artículo 91 referente a las separaciones contenciosas. En el mismo sentido, el artículo 103 en relación con la adopción de las medidas provisionales dispone “cuál de los *cónyuges*”. El subrayado es mío.

25

El informe *Mujeres en Cifras* del Instituto de la Mujer correspondientes al año 2003 acredita que los permisos por maternidad solicitados fueron 239.858, mientras que los permisos por paternidad 3.762; en las excedencias por cuidado de hijos/as 13.377 fueron solicitados por las madres, y 502 por los padres.

26

STS de 22 de mayo de 1999; SAP de La Coruña de 6 de septiembre de 2002; SAP de Valencia de 28 de octubre de 2002.

27

Entre ellos, los artículos 66 y 67, donde el término “marido” otorga un status de autoridad y representación del que carece la mujer; el artículo 68 al objeto de que se establezca expresamente entre las obligaciones de ambos progenitores compartir las responsabilidades en relación con el cuidado de los descendientes y otros miembros de la familia, así como las tareas domésticas; artículo 108, sobre filiación matrimonial y no matrimonial; Título VII, términos como Relaciones Paterno Filiales o Patria Potestad, legitiman el poder del padre; artículos 116 a 119, sobre las presunciones de paternidad; artículos 1094, 1555.2 y 1903, referidos a la “diligencia de un buen padre de familia”.

28

FINEMAN, M. “Dominant discourse, professional language, and legal change in child custody decision making”, *101 Harvard Law Review*, 1988, pp. 739-759. Véase de la misma autora, *The neutered mother, the sexual family and other twentieth century tragedies*, Routledge, New York-London, 1995. PITCH, T. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 140-172.

29

LARRAURI, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n° 12 (2003), UNED, pp. 303-305.



tradicionales de cuidado de hijos e hijas al otorgar sistemáticamente su guarda y custodia a la madre. Una afirmación de tal calado exige un poco de rigor.

Para que efectivamente se produzca discriminación en la aplicación de la ley, que en principio es neutra, no hay que contentarse con analizar exclusivamente los resultados en la concesión de la guarda, sino que habrá que ponerlos en relación con los motivos expresados para su atribución. Si analizamos los datos judiciales sobre solicitudes de guarda y custodia en procedimientos de separación y divorcio, tanto los llevados a cabo de mutuo acuerdo como los contenciosos, observamos que ofrecen un panorama muy distinto del que a la luz de la polémica surgida podría parecer.

A la vista de los datos aportados por el Instituto de la Mujer²⁵ se observa que son las mujeres las que fundamentalmente siguen ocupándose del cuidado de hijos e hijas y de las tareas domésticas, solicitan mayoritariamente los permisos por maternidad y las excedencias por cuidado de hijos/as. Con respecto a la guarda y custodia de los/las menores, se constata que en los procesos de mutuo acuerdo, la custodia se otorga a la madre en un 95% de los casos, siendo esta cuestión objeto de pacto previo por los progenitores en el convenio regulador.

En relación con lo anterior, en la mayoría de los casos se acuerda exclusivamente la comunicación de los fines de semana alternos, además de la mitad de las vacaciones escolares. En los procesos contenciosos, la discusión sobre la custodia, reclamada por ambos progenitores, sólo alcanza al 15-20 % de los pleitos, mientras que en el 80-85% de los casos no se plantea la discusión sobre este extremo, porque el padre no reclama para sí la custodia. Por otra parte, las peticiones para ampliar tal régimen de visitas por parte de los padres son muy escasas, mientras que por el contrario, el número de incumplimientos del mismo es bastante elevado.

De lo anterior se deduce que la atribución de la custodia a las madres responde fundamentalmente a dos razones: la primera, que los progenitores varones –en una proporción muy elevada– no solicitan la custodia de los hijos/as; la segunda, que habitualmente, la custodia se otorga al progenitor que demuestre en juicio haber sido más idóneo para el cuidado, la educación, formación y atención de sus descendientes durante la convivencia, siendo excepcionales los casos en que el padre haya demostrado ser más idóneo que la madre en tales cometidos. Ello no obsta para que efectivamente existan casos en los que el otorgamiento de la custodia se base en los criterios que subyacen en la doctrina de los años tiernos²⁶. Pero la generalidad de las sentencias utiliza otro tipo de criterios a la hora de determinar el interés del menor.

La cuestión más espinosa que queda por dirimir es la determinación de la custodia en los casos en los que además de aptitud, ambos progenitores han participado equitativamente en el cuidado de su primogenitura, la relación afectiva del menor con ambos es muy fuerte y sin embargo no se ponen de acuerdo en el modo de ejercicio de la guarda o parentalidad. En este caso, nos remitimos nuevamente a la mediación como medio más efectivo para solventar dicho problema.

5.- LA GUARDA COMPARTIDA COMO STANDARD DE NEUTRALIDAD DE GÉNERO

El Derecho de Familia legitima un modelo de estructura familiar que configurado sobre la base de un reparto complementario de las obligaciones y responsabilidades, invisibiliza las relaciones de poder entre hombres y mujeres y la posición subordinada de la mujer en la familia, por lo que previo a la reforma sobre las consecuencias de la ruptura de la convivencia, es proceder a la reforma de aquellos artículos del Código Civil que perpetúan los roles mas-

culinos y femeninos ahondando en la desigualdad jurídica y social entre los sexos²⁷. Por otra parte, si bien el ejercicio de la parentalidad está experimentando algunos cambios en los roles de género tradicionales, la distribución del trabajo doméstico y las prácticas reales de cuidado de los/las menores siguen siendo responsabilidad primaria de las mujeres.

En este contexto, merece reflexionar sobre si la doctrina de la custodia compartida –tal y como está prevista en el Proyecto de Ley– responde al principio de igualdad y no discriminación. A priori podría parecer que sí en tanto que ambos progenitores son tratados como equiparables. Sin embargo, un análisis así respondería únicamente a una igualdad formal, pero sería discriminatoria contra las mujeres en términos de resultados, por cuanto que dado el mayor poder contractual obtenido por los padres gracias a la cultura igualitaria, la imposición judicial de la custodia compartida es una vía que otorga aún más poder a los padres como grupo, mientras que debilita el poder de las madres individualmente, toda vez que desconoce la situación de desigualdad real en que éstas se encuentran²⁸. En este sentido, mientras el cambio igualitario convierte en neutros en el lenguaje y en el derecho –aunque no en la práctica– los roles de los progenitores, la posición de desigualdad manifiesta de la mujer en el ámbito laboral, social, y familiar, unido al valor que concede la madre habitualmente al cuidado de los hijos e hijas y el temor a perderlos va a disminuir su posición negociadora con respecto a extremos tan importantes como la pensión compensatoria, los alimentos, etc²⁹.

Por ello, la custodia compartida como expresión de la “coparentalidad” en el ejercicio de la crianza de las/las descendientes, y respetuosa con el principio de neutralidad de género, ha de ser necesariamente una fórmula acordada por parte de ambos progenitores.

Protección especial por riesgos durante el embarazo de la trabajadora autónoma

POR DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO.

Licenciado en Derecho. Doctorando Universidad de Salamanca.

1

MARTÍN VALVERDE, A. “Lectura y relectura de la «Introducción al Derecho del Trabajo» del Profesor Alonso Olea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 77, 1996, p. 422.

2

Al respecto véase RUIZ CASTILLO, M. “Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado»”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1991, pp. 135-188.

3

CRUZ VILLALÓN, C. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Enero/Marzo 1994, p. 22.

4

Se acentúa la crítica al Derecho del Trabajo por ser solo un Derecho protector de los trabajadores instalados (los llamados *insiders*), dejando fuera de su competencia a los desempleados y a los trabajadores en situación irregular o precaria, como en buena parte son muchos trabajadores autónomos (los *outsiders* o relegados). El problema además se agrava, y ello no dejará de provocar tensiones, porque la intensidad de la protección de los trabajadores dependientes, en especial a los estables, es inversamente proporcional al grado de desprotección de los relegados, que, además tienen escasas posibilidades de acceso al empleo protegido. (...) El Derecho del Trabajo ha sido consciente de este problema y su respuesta tradicional ha sido la de tratar de expandir sus fron-

teras a las llamadas situaciones grises, en las que no estaba claro el carácter dependiente o autónomo del trabajo. El Derecho del Trabajo ha conocido crisis de crecimiento, una expansión “imperialista” de sus fronteras a nuevas zonas de trabajos muy variadas y heterogéneas, que ha obligado a redefinir su ámbito y a cuestionar su tradicional elemento definitorio. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M. “El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, pp. 75-76.

5

AA.VV. Coordinador: SUPIOT, A. *Trabajo y Empleo, Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 62.

6

Véase SANGUINETI RAYMOND, W. “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, *Temas Laborales*, nº 40, 1996, pp. 53-71.

7

Al respecto MORILLO GONZÁLEZ, F. “El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras jurídicas afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales”, *Aranzadi Civil*, Tomo I, 1999, pp. 1.619-1.635.

8

Posiblemente redundante la previsión, ya que la propia definición del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, conforme al artículo 1.1, se desprende claramente la exclusión del trabajo realizado por cuenta propia. Además, se debe tener en cuenta que no existe en el ordenamiento laboral español – a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social – un concepto legal de trabajador autónomo, debiendo extraerse de manera negativa, de su contraposición con las notas típicas que configuran la noción de trabajador dependiente o subordinado contenida en el Estatuto de los Trabajadores. LÓPEZ ANIORTE, M. *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 40-41.

9

Esta directiva ha reconocido “*que la salud de la mujer, su constitución física o psíquica, no la convierten en un sujeto necesitado de especial protección o tutela. Sus posibles peculiaridades fisiológicas no parecen justificar (...) especiales prohibiciones o limitaciones de su capacidad laboral*”. CALVO GALLEGU, J. y DEL JUNCO CACHERO, M. “El Derecho a la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a tutela de la maternidad”, en *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, Universidad de Granada, 1996, p. 702.

10

Véase CAVAS MARTÍNEZ, F. “Maternidad y salud laboral”, *Revista de Salud y Trabajo*, nº 113. AGUSTÍ JULIÁ, J. “Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo. La protección en las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. *Estudio de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 164-171.

11

SALCEDO BELTRÁN, M. *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 123.



Al hablarse de trabajo asalariado se utiliza no sólo un concepto fundamental en la teoría o en la práctica doctrinal del Derecho del Trabajo, sino también una categoría básica de la estructura económica y de la historia de las instituciones. El trabajo asalariado ha traspasado las fronteras de la práctica jurídica, designando un determinado modo de producción que aparece en un momento preciso de la evolución histórica de las relaciones de trabajo, y que ha desempeñado y desempeña un papel de primer orden en los sistemas económicos contemporáneos ¹. La progresiva extensión del trabajo autónomo parasubordinado ² consecuencia de los procesos descentralizadores, que en la medida en que se califiquen como excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo, la legislación viene a ignorarlos, presumiendo que en este caso tampoco requieren de atención especial por su parte ³.

El tema del Trabajo Autónomo, en especial a la protección por riesgo durante el embarazo, ha estado presente en las fronteras del Derecho del Trabajo, este tipo de contrato de libre colaboración, sometidos tanto a la legislación de Seguridad Social, como al Derecho del Trabajo o al Derecho Mercantil, plantea una cuestión crucial para el futuro del Derecho del Trabajo. La concepción tradicional es la de que la legislación laboral sólo es aplicable en los casos en los que el/la trabajador/a se encuentre en una situación de subordinación estricta, los expertos defienden la idea de que es oportuno ampliar este campo de aplicación, con el objeto de incluir otros tipos de contrato, y relaciones laborales ⁴. La perspectiva es un derecho común del trabajo, en que algunas ramas podrían adaptarse a la diversidad de las situaciones del trabajo. Desde esta perspectiva, conviene no separar las cuestiones del Derecho del Trabajo y las de Seguridad Social, que son las dos caras indisolubles del estatuto profesional ⁵.

En el ordenamiento español, el trabajador se encuentra protegido por

el artículo 40.2 de la Constitución Española, que forma parte de los “principios rectores de la política social y económica”, señalando a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Por ello el fin principal de la seguridad y la salud en el trabajo es la protección. En España es regulada por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La normativa de seguridad y salud en el trabajo, como la mayoría de las normas laborales, se dirigen en principio al trabajo asalariado. El eje en que se desarrolla esta normativa es, el derecho y el deber a una respectiva protección eficaz, es decir, un derecho del trabajador y un deber del empresario. De este esquema se desprende que no es aplicable al trabajo autónomo, ya que faltaría la persona que contrata y a la vez dirige la prestación de servicios típica del trabajo asalariado y la persona que asume el deber de protección. En el trabajo autónomo, no se encuentra presente las notas de ajenidad y dependencia que pueda responsabilizar sobre el receptor de los servicios las obligaciones de la seguridad y salud en el trabajo ⁶.

Esto no quiere decir que el/la trabajador/a autónomo/a quede excluido de las normas de la seguridad y salud en el trabajo. Se parte de que el/la trabajador/a autónomo/a es un trabajador, que también se encuentra expuesto a una serie de riesgos como el trabajador/a asalariado. De igual manera el trabajador autónomo, participa en el desarrollo de las actividades empresariales, sea por contrato de obra, arrendamiento de servicio ⁷ o profesional especializado en una materia.

Por todo ello, no se le puede limitar la aplicación de las normas laborales en seguridad y salud al trabajo autónomo, como lo establece la disposición final primera del Estatuto de los Trabajadores, “*El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que*

por precepto legal se dispongan expresamente ⁸”.

Las directrices del Derecho comunitario, resalta en la aplicación de reglas especiales de protección a los grupos de trabajadores que son considerados especialmente sensibles a los riesgos del trabajo, como son los discapacitados, menores, trabajadoras en situación de embarazo o lactancia y los trabajadores con vinculación temporal, son los estipulados en los artículos 25 al 28 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (En adelante LPRL). Estas mismas reglas son perfectamente aplicables al trabajo en cooperativas y a los trabajadores/as autónomos/as, como bien lo estipula el art. 24 de la LPRL, estos colectivos se podrán ver implicados en un determinado proceso productivo.

La Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre ⁹, referida a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada ¹⁰, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia. Estas situaciones protegidas por la Directiva, tienen en común el hecho de ser temporales o transitorias, es decir, al finalizar la situación de la mujer se volverá a los empleos que se desempeñaban con anterioridad ¹¹.

El artículo 26 de la LPRL, traspone la mencionada Directiva, ya que las trabajadoras en esas situaciones conforman un grupo especial de riesgos, ya que la finalidad protectora en este caso es triple:

- su propia situación física que puede resultar en accidentes o enfermedades;
- el hijo o hija que se encuentra esperando;
- y el hijo/a que ha tenido.

La protección de las mencionadas situaciones parte de la evaluación de los riesgos, que comprende la naturaleza, el grado y la duración de exposición a los riesgos a agentes, procedimientos o condiciones de tra-



bajo, que puedan influir de manera negativa en la salud de las trabajadoras¹². Es decir, determinar la influencia de los diversos efectos que surgen del desempeño de la actividad laboral sobre la salud de la trabajadora embarazada, del feto, o del recién nacido en su caso.

El legislador ha establecido, que junto a la evaluación y la consideración de los riesgos, existe la necesidad de que el facultativo de la Seguridad Social que asiste a la trabajadora certifique el peligro que corre la mujer o el feto, excluyendo los médicos de la sanidad privada y el médico de empresa¹³. En todo caso existe la necesidad de acreditarse la situación de riesgo que de lugar a la protección, lo que significa que no todas las mujeres trabajadoras embarazadas, que den a luz o que se encuentren en el período de lactancia pueden estar protegidas por este precepto, sino aquellas mujeres que acrediten tal situación.

Efectuada la evaluación por parte del empresario/a, deberá proceder a la planificación en función de los resultados obtenidos. Ofreciendo de esta manera el artículo 26 de la LPRL un conjunto de posibilidades donde girarán las medidas que debe adoptar el empresario/a. Para que se aplique este artículo, aparte de ser de carácter obligatorio si los resultados de la evaluación revelan un riesgo para la seguridad y salud sobre el embarazo o la lactancia, basta con que se produzca una posible repercusión en su salud. De allí la intención preventcionista sobre la mujer embarazada o la que se encuentre en período de lactancia¹⁴.

El empresario/a adaptará de esta manera provisional, las condiciones de trabajo, incluso el tiempo de trabajo, así como la no realización de trabajo nocturno o trabajos a turnos de la trabajadora embarazada o en lactancia. Supuestos estos de modificación sustancial de carácter individual de las condiciones de trabajo, causas que escapan a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, a las econó-

micas, técnicas, organizativas o de producción. Y lejos de las causas empresariales, se basan en circunstancias de protección de la salud tanto de la trabajadora, del feto o de su hijo/a nacido.

El prenombrado artículo 26 de la LPRL, que fue modificado por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, parte del supuesto de que la mujer embarazada no puede realizar ningún tipo de trabajo de los que halle en su área profesional, donde se le prevé la cesación temporal en el trabajo, contando con asistencia económica y sanitaria, incluyendo la cobertura de una nueva situación de suspensión. O sea, otorgándole a la trabajadora embarazada una suspensión por riesgo durante el embarazo. Similitud existente en la incapacidad temporal incluida en el sistema de Seguridad Social, en los arts. 134 y 135 de la Ley General de la Seguridad Social¹⁵.

Pareciese que esta norma se aplicaría exclusivamente a las mujeres embarazadas que se encuentren con una relación laboral. La Ley 39/1999 extiende sus efectos más allá que esta sola situación, proyectándolo al trabajo autónomo y al trabajo en cooperativas, con ciertas salvedades. La disposición adicional primera de la ley señala que *“podrán acogerse a los beneficios establecidos en esta Ley los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas y trabajadores de las sociedades laborales, durante los períodos de descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento, con independencia del régimen de afiliación de la Seguridad Social, en el que estuvieren incluidos, con las peculiaridades propias de la relación societaria”*.

De manera más limitada el artículo 16 de la Ley 39/1999, que modifica el apartado 3 de la disposición adicional octava de la Ley General de la Seguridad Social, establece que lo previsto en los artículos 134 y 135 será aplicable, a los trabajadores/as

por cuenta ajena de los Regímenes Especiales, o sea, *“resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial del Mar, Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”*.

Lo anterior se aplica a las mujeres embarazadas en los supuestos en que sean los socios o socias de las cooperativas y en los supuestos de trabajadoras autónomas. Se desprende que en la primera situación, su aplicación es más completa, ya que tienen derecho a la evaluación específica de riesgos, adaptación del supuesto de trabajo, cambio de funciones, cesación temporal del trabajo, protección a la Seguridad Social.

Mientras que en la segunda situación, objeto del presente estudio, es mas limitada o es más difícil su aplicación, *“y hasta quimérico, que a este otro tipo de trabajo le alcancen las medidas de prevención y protección previstas en aquel precepto¹⁶”*, independientemente que la trabajadora tenga que cuidar su propia salud o con ayuda de los miembros que conforma su familia o el grupo de trabajo correspondiente.

12

RODRÍGUEZ RAMOS, M. y PÉREZ BORRERO, G. “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV. *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1996, p. 414.

13

FERNÁNDEZ MARCOS, L. *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 129.

14

GONZÁLEZ DÍAZ, F. *La Obligación Empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2002, p. 338.

15

AA.VV. (Dirección: MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada, Comares editorial, 1999.

16

GARCÍA MURCIA, J. “Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, p. 531.

El Observatorio Estatal de violencia sobre la Mujer

POR FERNANDO REVIRIEGO PICÓN.
Profesor de Derecho Constitucional (UNED).
Coordinador del Observatorio de Género
del Instituto de Derecho Comparado.



Entre las novedades de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se cuenta la creación del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (en adelante OEVM). Se ha configurado como un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y tiene (tendrá) como cometido el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios y propuestas de actuación en materia de violencia de género. Se trata de un órgano (a diferencia de otros también creados por la Ley, como la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer) sobre el que existía una cierta idea compartida desde diferentes sectores políticos y sociales de que podría ser un instrumento de indudable potencialidad y dinamización.

Parte importante de su actividad consiste en elaborar informes, estudios y propuestas. Son varias las precisiones que respecto de éstos realiza la Ley, tanto con relación a la estructuración de los datos a consignar como respecto de la necesidad de realizar estudios específicos sobre ciertos colectivos. De esta forma se consignarán los datos desagregados por sexo, y se considerará de forma particular la situación de aquellas mujeres que tienen a priori un mayor riesgo de sufrir casos de violencia de género o que tuvieran dificultades mayores para acceder a los diferentes servicios.

La primera de las precisiones parece innecesaria en tanto no parece añadir nada nuevo a lo que, en su caso, hubieran recogido indefectiblemente dichos informes. Se hace extraño imaginar que, aun en ausencia de esta previsión, no se hubiera procedido a dicha desagregación, a la vista del sentido y finalidad de la propia Ley.

Con relación a la segunda, debemos destacar que no aclara la Ley en este punto quien habría que encajar dentro de esa rúbrica referida: mayor riesgo de sufrir casos de violencia de género o de acceder a los servicios que se articulen. No obstante, en un momento posterior de su articulado, al abordar los Planes de Colaboración a elaborar en esta materia, se hizo una referencia concreta, que no cerrada, a las mujeres pertenecientes a minorías, a las mujeres inmigrantes, a las mujeres que se encuentren en situación de exclusión social o a las mujeres con discapacidad. En buena lógica hay que entender que son éstas las que entrarían dentro de ese colectivo a singularizar en los informes del OEVM. Especialmente necesaria y significativa nos parece esta última referencia, en la medida en que hasta la fecha no se cuenta en nuestro país respecto de éstas con datos oficiales sobre afeción de violencia de género, mientras que respecto de los otros colectivos sí podrían citarse algunos; ello cuando los datos con que contaríamos respecto de otros países europeos indican que alrededor del cuarenta por ciento de las mujeres que tienen algún tipo de discapacidad ha sufrido durante algún momento de su vida este tipo de violencia.

Más allá de especificaciones sobre su contenido, se singulariza especialmente, entre los informes a realizar, uno de ellos, el que anualmente deberá remitir tanto al Gobierno como a las CCAA en el que se indique la evolución de la violencia ejercida sobre la mujer como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, ejercida por sus cónyuges (o que lo hubieren sido) o por quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin mediar convivencia. Se comprenderá aquí cualquier acto de violencia no sólo física sino también psicológica, incluyéndose agresiones a la libertad sexual, amenazas, coacciones o privación arbitraria de la libertad. Este informe recogerá igualmente los tipos penales que se hubieran aplicado en los diferentes supuestos de violencia ejercida sobre la mujer, así como cuestiones relativas a la efectividad de las medidas acordadas para la protección de las víctimas.

NATURALEZA, DEPENDENCIA ORGÁNICA Y DENOMINACIÓN DEL OEVM

De manera similar a lo que aconteció respecto de la Delegación Especial, antes citada, tanto durante la tramitación de la Ley integral como después, se debatió la dependencia orgánica del OEVM así como su naturaleza.

Debemos recordar, respecto de esa primera cuestión, que el OEVM se encuentra adscrito también al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y que las propuestas de reasignación han incidido en la necesidad de adscribirlo bien al propio CGPJ con el objeto de separarlo del Ejecutivo, o bien, al igual que sucedió para la Delegación, al Ministerio de Presidencia. La justificación de esta reasignación derivaría de valorar de forma inoperativa, o mejor, de forma menos operativa que las otras alternativas posibles, su adscripción al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Respecto de la segunda cuestión apuntada, su naturaleza, se ha planteado igualmente si era oportuno configurarlo como un órgano administrativo con la dependencia señalada o elegir la forma de agencia con personalidad jurídica propia (al estilo de los conocidos Ministerialfreie Räume) pretendiéndose así ampliar a este campo esa nueva forma de gestión de los asuntos públicos. En ese sentido se manifestó el Consejo de Estado en su informe al Anteproyecto, al señalar que, a su juicio, “quizá fuera más oportuno optar por la creación de una agencia u otro tipo de organismo que, en todo caso, gozara de personalidad jurídica propia (en lugar de crear un órgano administrativo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) con legitimación para intervenir ante los órganos jurisdiccionales”. A esta idea se adhirieron diferentes voces durante la tramitación parlamentaria, aunque con escaso éxito.

En un plano exclusivamente terminológico, aunque evidentemente estamos ante una cuestión menor, debemos señalar que durante la elaboración de la Ley, la existencia de un Observatorio contra la violencia doméstica y de género en el CGPJ amén (entre otros) del Observatorio Regional de la CAM o el Observatorio de Género de la CAV, hicieron que se planteara la posibilidad de buscar una terminología alternativa a este instituto en orden a solventar eventuales equívocos. Parece interesante apuntar, al hilo de esta idea, que la Proposición de Ley integral presentada por el GP Socialista de 2001 recogía esta misma figura (cuya principal función, al decir de la Exposición de Motivos de la Proposición, sería servir como observatorio de la situación y evolución de la violencia de género) bajo la rúbrica Consejo Consultivo. Aunque por otros motivos diferenciados el término nacional que acompañaba inicialmente al Observatorio en el texto del Proyecto también fue objeto de ciertas críticas desde los sectores nacionalistas, barajándose como alternativas los términos central o estatal, siento esta última la opción finalmente escogida. Y de igual manera se produjo (aquí sin alteración alguna) respecto de la reseña final del mismo, que recordemos habla de la violencia sobre la Mujer, proponiéndose como alternativa el término recogido finalmente en la propia rúbrica del cuerpo legal, violencia de género.

COMPOSICIÓN DEL OEVM

Al Observatorio también se le ha analizado desde el plano de su futura composición, planteándose la posibilidad o necesidad, en su caso, de que determinadas entidades y agentes sociales se encontraran en él representados.

Si bien en el Proyecto inicialmente remitido se difería en este punto a su futuro desarrollo reglamentario ello no impedía incluir una mención específica y única a las “organizaciones de mujeres con implantación en todo el territorio del Estado y de asociaciones de consumidores y usuarios”.

En sede parlamentaria ello sirvió para iniciar el debate sobre la conveniencia o necesidad de asegurar en la propia Ley la participación de CCAA, entidades locales, agentes sociales, organizaciones empresariales y sindicales más representativas, organizaciones de defensa de los derechos humanos, personas expertas del ámbito académico en igualdad y no discriminación y de la abogacía institucional. Con la excepción de las tres últimas referidas, todas ellas se recogieron finalmente en el texto de la Ley, contándose así con una importante participación social e institucional que ha sido aplaudida desde diferentes sectores tras su definitiva aprobación.

Otras propuestas sobre la composición de este órgano (aunque aquí estaríamos retomando nuevamente



cuestiones sobre su naturaleza al traer como causa la opción por un no adscripción orgánica específica) fue la determinación de una participación equilibrada Administración Central-CCAA en orden a coordinar y reformar la cooperación institucional de las políticas que puedan llevarse a cabo en la materia.

ATENCIÓN A COLECTIVOS ESPECÍFICOS

La atención específica a ciertos colectivos que tendrían una singular vulnerabilidad, así, a las mujeres con mayor riesgo de sufrir la violencia de género o con mayores dificultades para acceder a los servicios (recordemos, mujeres inmigrantes, mujeres en situación de exclusión social o mujeres con discapacidad), ha sido uno de los elementos destacados en la actuación del OEVM, punto que ha sido privilegiado igualmente en otros lugares de la Ley. Al hilo de este punto se nos plantea la duda de si hubiera sido oportuno incluir en esta apartado de la Ley una específica mención respecto de los menores, testigos habituales de casos de violencia de género, o incluso de las eventuales implicaciones de este fenómeno con confesiones religiosas/libertad religiosa, como hace no mucho tiempo tuvimos ocasión de comprobar en un suceso conocido de todos.

COORDINACIÓN CON OTROS OBSERVATORIOS. EL OBSERVATORIO DEL CGPJ

El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ (en origen, Observatorio de Violencia Doméstica) fue creado durante la anterior Legislatura en virtud del Convenio firmado en 2002 por el CGPJ y los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales.



La individualización de los derechos a la pensión de vejez en Alemania y en España

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

La Ley para Complementar los Ingresos en la Vejez de 20 de marzo de 2001 –entró en vigor el 1-1-2002– constituye una parte de la cuestionada reforma de las pensiones acometida en Alemania por el Gobierno Schroeder, y, entre las cuestiones en ella reguladas –un aspecto además no polémico–, se profundiza en la individualización de los derechos de las mujeres en cuanto a las pensiones de vejez¹. De este modo, se presenta la oportunidad de verificar comparativamente cuál es la situación del derecho español en cuanto a esa individualización, que, desde hace tiempo –el fomento de la individualización de derechos fiscales y de protección social era uno de los objetivos contenidos en el IV Programa Comunitario para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (1996-2000)–, se considera, en el ámbito comunitario, un aspecto importante tendente a conseguir la igualdad real entre ambos sexos.

Con la profundización en la individualización de los derechos de las mujeres en cuanto a las pensiones de vejez, la ley alemana intenta compensar el perjuicio sobre el colectivo femenino producido por la forma de cálculo de las pensiones de vejez –se atiende a unos puntos personales dependientes del tiempo trabajado y del importe de los ingresos efectivos: las mujeres, consecuencia de su dedicación a la familia, no trabajan tanto tiempo y ganan menos dinero respecto a los hombres–, y, para alcanzar esa finalidad, se regulan dos figuras diferentes, a saber:

- la mejora en la valoración de los puntos personales por la crianza de niños, y
- la introducción del llamado “*splitting*” de pensiones, figuras que, de manera bastante sucinta, pasaremos a exponer.

Respecto a la mejora en la valoración de los puntos personales por la crianza de hijos e hijas, debemos considerar que, desde 1991, se atribuyen



puntos personales durante la crianza de los hijos/as hasta los 3 años y, si son dependientes, hasta los 18 años.

Tras la reforma legislativa, la atribución de puntos personales por la crianza de hijos/as hasta los 3 años representa un incremento mensual de la pensión de vejez de 138 euros y, si es hasta los 18 años, de 386 euros. Además, si se crían a la vez varios hijos/as, se atribuyen puntos personales adicionales y se computan aún no existiendo ninguna cotización efectiva al seguro de pensiones –en supuestos de crianza múltiple simultánea la mujer está imposibilitada incluso de trabajar a tiempo parcial–.

Respecto a la introducción del llamado “*splitting*” de pensiones, se trata de un reparto de los puntos personales atribuidos a cada cónyuge durante el matrimonio, un reparto de ejercicio voluntario –salvo en caso de divorcio, entonces es obligatorio– y sometido a determinados requisitos, permitiendo a los cónyuges calcular sus derechos a pensión y adoptar la decisión más conveniente en atención a las expectativas generadas durante el matrimonio.

1

Un análisis de esta reforma lo aborda Hans-Joachim Reinhard en “La reforma de las pensiones en Alemania”, *Relaciones Laborales*, n.º 17, 2003. Ahí el lector podrá ampliar más las referencias al derecho alemán.

2

“¿Se considera o no, como periodo de ocupación cotizada, el primer año del periodo de excedencia para cuidado de hijo, a los efectos del reconocimiento de prestaciones de desempleo?”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo X, 1996, y “Permiso parental y Seguridad Social”, *REDT*, n.º 83, 1997.

3

Por todos, véanse los estudios de Quintanilla Navarro, B. “La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, *Actualidad Laboral*, n.º 20, 1995; de Gorelli Hernández, J. *La protección por maternidad*, Ed. Tirant lo Blanch, 1997; y de Tarancón Pérez, E. “Cómputo como ocupación cotizada del primer año de excedencia por cuidado de hijos”, *Revista de Derecho Social*, n.º 2, 1998.

4

Lo dije en *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Instituto de la Mujer, 2002, pp. 191-193.

Mediante el “*splitting*” se suman los puntos personales atribuidos a cada cónyuge durante el matrimonio –tanto los de cotizaciones efectivas como los de periodos de crianza de hijos/as–, se dividen entre dos y se transfieren, del cónyuge con más puntos al cónyuge con menos puntos, los necesarios para la igualación.

Nuestra realidad social demuestra que, como en la realidad social alemana, las mujeres, consecuencia de su dedicación a la familia, no trabajan tanto tiempo y ganan menos dinero respecto a los hombres. También nuestra normativa sobre pensiones de vejez, como la normativa alemana sobre pensiones de vejez, vincula su existencia y su cuantía al tiempo trabajado y al importe de los ingresos efectivos –aunque no se utiliza el sistema técnico de puntos personales–. Sin embargo, la individualización de derechos se encuentra, en nuestro derecho positivo vigente, en estadios jurídicos muy poco avanzados, como vamos a comprobar al hilo de las dos figuras reguladas en la ley alemana.

Desde la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas, se incluyó, dentro de las prestaciones por hijo/a a cargo, “*la consideración, como periodo de cotización efectiva, del primer año, con reserva del puesto de trabajo del periodo de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con la legislación laboral, disfruten en razón del cuidado de cada hijo*”. Tal redacción originaria de la norma determinó bastantes problemas de interpretación jurídica, en particular a raíz de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, del Permiso Parental. No entraré ahora en el análisis de dichos problemas, que he abordado en estudios anteriores², y no he sido, además, el único³. Pero sí apuntaré algunas notas sobre la última reforma de la reciente Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

Tras esta reciente Ley, el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad

Social establece, en su párrafo primero, que “*el primer año de excedencia con reserva de puesto de trabajo del periodo de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con la legislación aplicable, disfruten en razón del cuidado de cada hijo, natural o adoptado, o de menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, o por cuidado de otros familiares, tendrá la consideración de periodo de ocupación efectiva, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia y maternidad*”.

En su párrafo segundo, se establece que “*el periodo considerado como de cotización efectiva a que se refiere el párrafo anterior tendrá una duración de 15 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia tiene la consideración de familia numerosa categoría general, o de 18 meses si tiene la categoría especial*”.

Frente a las redacciones normativas anteriores, la norma supone ciertos avances. En primer lugar, la consideración como periodo de ocupación cotizada se anuda, no sólo a la excedencia para cuidado de hijos/as, sino, además, a la excedencia para cuidado de familiares. Y, en segundo lugar, se amplía el periodo a considerar cuando el “*menor*” –no el familiar, o eso se deduce en una interpretación literal que una lectura finalista obligaría a corregir– se integra en una familia numerosa, ampliándolo a 15 ó 18 meses según sea su categoría.

Sin embargo, se mantiene un criterio bastante restrictivo en orden a las prestaciones a las cuales ese periodo de ocupación cotizada puede aprovechar al no aludirse al desempleo ni a la incapacidad temporal. Sí se alude a la maternidad, que, en la Disposición Adicional 3^a del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, había sido excluida en clara ilegalidad, al no tener amparo legal expreso⁴. También esta norma reglamentaria excluía la incapaci-



dad temporal, aunque, como ocurría con la maternidad, era clara ilegalidad, al no tener amparo legal expreso. La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, se lo ha dado.

Pero donde la crítica aflora más diáfana es si entramos en comparación con la legislación alemana. De un lado, nuestra legislación contempla periodos muy inferiores –de 12, 15 ó 18 meses frente a los 3 ó 18 años de la legislación alemana, con posibilidad, si se crían a la vez varios hijos/as, de ampliaciones adicionales y de acceder a la pensión de vejez sin otras cotizaciones–. Y, de otro lado, nuestra legislación vincula el beneficio a la situación de excedencia laboral –artículo 46.3 del ET–, de ahí que, por el sólo hecho de cuidar hijas e hijos o familiares, no se concede el beneficio. Más lógico sería concederlo a quien cuide hijas e hijos o familiares, aunque no haya trabajado antes, o trabaje a la vez a tiempo parcial, o utilice una reducción de jornada –artículo 37.5 del ET–.

Abundando en estas últimas opciones, es bastante irrazonable que, si un trabajador –o, más habitualmente, una trabajadora– se ve obligado, por motivos de cuidado de hijos/as o de familiares, a trabajar a tiempo parcial o a reducir su jornada de trabajo, el mantenimiento de sus derechos de protección social le exija la suscripción de un convenio especial –véanse los artículos 21 y 22 de la OMTAS/2865/2003, de 13 de octubre–, mientras si acude a la excedencia laboral –artículo 46.3 del ET– mantenga sus derechos durante 12, 15 ó 18 meses, y es bastante irrazonable porque, frente a quien abandona totalmente la actividad laboral, se penaliza a quien la mantiene, fomentando, desde esta óptica, el indeseable efecto de retorno al hogar de las mujeres trabajadoras.

Más irrazonable es incluso la privación del beneficio a quien, retrasando su entrada en el mercado de trabajo –el supuesto típico sería el de madres adolescentes–, se dedica al cuidado de hijos, hijas o familiares,

por el simple hecho de no haber trabajado antes –única posibilidad de acceder a la excedencia laboral–, lo cual además le impide optar a la suscripción de un convenio especial.

Todo lo expuesto nos lleva a concluir, como ocurre en el derecho alemán, la necesidad de conceder el beneficio a cualesquiera personas dedicadas al cuidado de sus hijos e hijas o familiares, trabajasen o no antes o durante ese cuidado.

Si nuestra legislación conoce algunos beneficios a favor de quienes cuidan a hijas, hijos o familiares, sin embargo no regula ningún mecanismo técnico de reparto de las cotizaciones realizadas constante matrimonio en el ámbito de la Seguridad Social, como el “*splitting*” del derecho alemán, u otro semejante más ajustado a la estructura de nuestra Seguridad Social. Tal ausencia de un mecanismo técnico de reparto de las cotizaciones realizadas constante matrimonio en el ámbito de la Seguridad Social ha determinado la aparición de la cuestión en el ámbito del Derecho de Familia. Las líneas argumentales usadas judicialmente con la finalidad de repartir a través de los mecanismos propios del Derecho de Familia lo no repartible en el ámbito de la Seguridad Social han sido dos diferentes, y que, con una simple aproximación al hilo de nuestra doctrina judicial –sólo un especialista en Derecho de Familia estaría en condiciones de realizar un estudio acabado de la cuestión–, analizamos.

1

Una primera línea argumental usada judicialmente es la calificación de bien ganancial de las cotizaciones realizadas constante matrimonio o de las prestaciones obtenidas con relación a esas cotizaciones, determinando la integración, de las cotizaciones o de las prestaciones, en el activo de la sociedad de gananciales en el supuesto de su disolución y liquidación –artículo 1397 del CC–. La Sentencia de la AP/Oviedo de 16-5-1995 –de la que trae causa la de 29-6-2000, Recurso 2199/1995, de la Sala de lo Civil del

Tribunal Supremo– desestimó la pretensión principal de la esposa de integrar la pensión de jubilación del esposo y estimó la subsidiaria de integrar el crédito de la sociedad de gananciales contra el esposo por las cotizaciones pagadas. Aunque se insistió en la petición principal en el recurso de casación, la misma se rechazó, e igualmente se rechazó la actualización de las cotizaciones pagadas porque se trataba de cuestión nueva y ello impidió procesalmente su análisis.

Como no se discutió en el recurso de casación la petición subsidiaria de integrar el crédito de la sociedad de gananciales contra el esposo por las cotizaciones pagadas, cuestión no combatida, la Sentencia de 29-6-2000, Recurso 2199/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no la resuelve, sino simplemente la da por supuesta, lo cual ha impedido el sentar doctrina de casación al respecto. A otros efectos diferentes, la Sentencia de 3-7-1999, Recurso 3526/1994, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no dudó de la ganancialidad de la deuda de un cónyuge por cotizaciones impagadas a la Tesorería General de la Seguridad Social –en buena lógica, si la deuda es ganancial y se debe abonar con dinero ganancial, la cotización será ganancial–.

Supuestos diferentes a los expuestos de seguridad social pública, aunque con ciertos paralelismos, son el de la Sentencia de 25-3-1988 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que consideró de conquistas –semejante a ganancial en el derecho foral navarro– una indemnización de incapacidad permanente absoluta instrumentada como mejora colectiva porque es un derecho económico no confundible con el derecho al trabajo, éste sí personal, y el de la Sentencia de 22-12-1999, Recurso 2905/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que no consideró ganancial la indemnización derivada de jubilación anticipada porque es un derecho patrimonial inherente a la persona, al adquirirse en compensación a salarios futuros. Ambas sentencias, con solu-

ciones divergentes en supuestos de cierta –si bien no total– similitud, son citadas en la Sentencia de 29-6-2000, Recurso 2199/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no aplicando la primera citada porque “*se refiere a una póliza de seguro privado*”, y aplicando el criterio de la segunda citada.

La jurisprudencia menor tampoco ofrece soluciones totalmente uniformes. De entrada, recordemos la Sentencia de la AP/Oviedo de 16-5-1995 –de la que trae causa la de 29-6-2000, Recurso 2199/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo–. A otros efectos diferentes, la Sentencia de la AP/Burgos, Sección 2ª, de 10-1-2000, Recurso 619/1999, considera ganancial la deuda de un cónyuge por cotizaciones impagadas a la Tesorería General de la Seguridad Social –y, como se dijo al citar la Sentencia de 3-7-1999, Recurso 3526/1994, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si la deuda es ganancial y se debe abonar con dinero ganancial, la cotización será ganancial–.

En cuanto a la seguridad social privada, mientras la Sentencia de la AP/Madrid, Sección 22ª, de 1-6-2001, Recurso 588/2000, considera privativa –después de citar la Sentencia de 22-12-1999, Recurso 2905/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, acogiéndose además a doctrina anterior, que cita, de la AP/Madrid– una indemnización de incapacidad permanente absoluta configurada como mejora de prestaciones de seguridad social, la Sentencia de la AP/Las Palmas, Sección 5ª, de 21-6-2001, Recurso 489/2001, considera gananciales –después de excluir la aplicación de la Sentencia de 22-12-1999, Recurso 2905/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, acogiéndose a la Sentencia de 25-3-1988 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo– los derechos consolidados del plan de pensiones del sistema de empleo y del seguro de vida de la empresa del esposo –se trataba de Telefónica S.A.–.

2

Una segunda línea argumental usada judicialmente es la utilización de la existencia de cotizaciones o de la ausencia de cotizaciones en uno y en otro cónyuge a los efectos de valorar si concurre el “desequilibrio económico” determinante de una pensión compensatoria –art. 97 del CC–.

Algunas sentencias de la jurisprudencia menor utilizan estos argumentos. Por ejemplo, la Sentencia de la AP/ Barcelona de 17-12-2001, Sección 18ª, Recurso 1313/2000, valora la ausencia de cotizaciones de la esposa, impidiéndole acceder a la jubilación, o la de 7-10-2002, Sección 12ª, Recurso 306/2002, valora las escasas cotizaciones de la esposa. La de 10-10-2000, Sección 18ª, Recurso 681/1999, no considera desvirtuado el desequilibrio económico si la esposa puede acceder a una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez.

También las Sentencias de la AP/A Coruña, Sección 2ª, de 7-3-2002, Recurso 1268/2001, y de 30-4-2002, Recurso 220/2002, se refieren a las escasas o nulas cotizaciones de la esposa –en ambos casos empleada de hogar a tiempo parcial, lo cual, como dichas sentencias con razón afirman, supone la ausencia de cobertura social o, como mucho, una cobertura social deprimida–. Más incisivas, las Sentencias de la AP/A Coruña, Sección 2ª, de 25-9-2003, Recurso 254/2003, y de 30-9-2003, Recurso 724/2003, consideran la existencia de cotizaciones en el esposo a los efectos de cuantificar la pensión compensatoria, al deberse a la dedicación de la esposa a la familia. La Sentencia de la AP/A Coruña, Sección 2ª, de 19-4-2002, Recurso 2029/2000, referida a un supuesto donde el esposo es beneficiario de una pensión de vejez, razona que “*es lógico que quien ha contribuido a que el otro cónyuge reúna una dilatada vida laboral que le haga acreedor de una pensión... se vea compensado*”.

Por lo tanto y en resumen, el cónyuge no ostenta derecho al reparto, a través de la liquidación de los bienes gananciales, de las prestaciones consecuentes, aunque sí se ha reconocido –no con total uniformidad y no en todos los tribunales– respecto a las cotizaciones sociales. Las dificultades interpretativas se extienden, además, al ámbito de la Seguridad Social Privada. También se utiliza la existencia de cotizaciones o la ausencia de cotizaciones en uno y en otro cónyuge a los efectos de cuantificar una pensión compensatoria.

Ahora bien, se trata de jurisprudencia menor, no de doctrina de casación, y, si entramos en comparación con el derecho alemán, se echa en falta una regulación legal que, además de ofrecer seguridad jurídica, resuelva la cuestión no sólo caso de crisis matrimonial y siempre en su ámbito natural, la Seguridad Social: sólo entonces sería posible utilizar las cotizaciones transferidas para acceder el cónyuge beneficiado, sumándole las suyas propias, a una pensión.

Concluyendo, la individualización de los derechos de protección social, como presupuesto necesario para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, es una cuestión aún pendiente en nuestro Derecho de la Seguridad Social, sin haberse satisfecho, de manera adecuada, esa laguna a través del Derecho de Familia, y la comparación con la nueva legislación alemana convierte esa carencia en mucho más evidente.

No se pretende que, en nuestro derecho, se acojan miméticamente soluciones foráneas, sino se pretende que, a la vista de esas soluciones foráneas, se debata la necesidad de solucionar de la manera más acorde a nuestro sistema jurídico un problema que se plantea aquí y fuera. Planteándose además, aunque con matices diferentes, tanto en el ámbito de la Seguridad Social Pública como en el ámbito de la Seguridad Social Privada.

Informe estadístico: Violencia contra las mujeres

ZARAGOZA

¿qué opinas?

POR JOSÉ MARÍA GALDO GRACIA.
Coordinador europeo del Proyecto WOW.
Centro de Educación de Personas Adultas "Juan José Lorente".

F O R O D E D E B A T E



La Constitución española marca la igualdad entre el hombre y la mujer, sin embargo esta igualdad en la vida cotidiana está muy lejos de ser real. Pese a que el número de mujeres que se incorpora tanto al mundo laboral como a las aulas y cursos formativos va cada vez en aumento, la presencia de la mujer en cargos de responsabilidad es mínima; los salarios a nivel general son un 30% inferiores al de los varones ante el mismo trabajo, la tasa de paro, estabilidad y calidad de empleo es muy desfavorable en relación con el hombre, y paralelo a este proceso de incorporación de la mujer a los distintos ámbitos de la vida no ha surgido un movimiento de corresponsabilidad por parte masculina de realización de tareas tradicional y culturalmente asignadas de antemano a la mujer. Es en este contexto donde surge cada vez con más fuerza la denominada “violencia de género”.

Cuando no se reconoce ni valora el trabajo de una mujer, cuando se les hace callar haciéndoles creer que su opinión no es importante, cuando se utiliza un lenguaje sexista al hablar de ellas, cuando se les paga menos, cuando la publicidad las trata como objetos sexuales, cuando sienten miedo de caminar solas, de ser libres, están sufriendo violencia. Es una violencia basada en la superioridad de un sexo sobre otro, de los hombres sobre las mujeres.

La sociedad sigue presionando para que las personas pensemos y actuemos de forma diferente según seamos hombres y mujeres. Es decir, se espera que ejerzamos nuestro rol sexual de manera “adecuada”. No hacerlo supone romper, enfrentarse, cambiar las normas y es en este contexto donde surgen los malos tratos.

Este tipo de violencia pretende por una parte del colectivo masculino, reafirmar un orden social que entiende la relación de ambos sexos de modo jerárquico, de forma que considera el sexo masculino superior y más significativo que el femenino y por tanto trata de someter la palabra y el cuerpo de la mujer a través de la fuerza y la violencia. Una violencia que cada día es más visible y que al mismo tiempo cada vez se acepta menos socialmente.



Ahora bien cualquier trabajo que pretenda desarrollarse en este campo debe partir de un estudio previo de campo, de un análisis de los conceptos y actitudes que tanto hombres como mujeres tenemos en relación con la violencia contra las mujeres, principales víctimas de la denominada “violencia de género”, con el objetivo de servir tanto como punto de partida para la discusión y el diálogo, sacando a relucir la problemática e intentando entre todos los implicados buscar soluciones y alternativas, elaborando propuestas de trabajo y viendo qué aspectos y grupos son de atención prioritaria.

Surge así el Informe estadístico: Violencia contra las mujeres, Zaragoza ¿qué opinas? Que se enmarca en el desarrollo del Proyecto Igualdad de Oportunidades. Prevención de la Violencia contra las Mujeres, conocido a nivel europeo como Proyecto WOW (acrónimo de parte del título del proyecto en inglés Widen Opportunities for Women) incluido dentro del programa europeo Grundtvig (Sócrates-2004) y que se realiza entre España (Comunidad de Madrid y Comunidad Autónoma de Aragón), Francia, Reino Unido y Eslovaquia; coordinado por el Centro de Educación de Personas Adultas “Juan José Lorente”.

El informe se ha basado en el desarrollo, trabajo de campo y tabulación de un cuestionario (verdadero-falso) de once preguntas agrupadas posteriormente en torno a cuatro campos conceptuales:

1 MUJER Y VIOLENCIA:

- A las mujeres maltratadas les gusta el maltrato o son tontas o consiguen algo a cambio, si no, se marcharían de casa o se separarían.
- Las mujeres maltratadas pertenecen a familias que tienen problemas económicos, sociales, o son de determinados grupos étnicos.
- Si una mujer es maltratada es porque algo habrá hecho.



2 FAMILIA Y VIOLENCIA:

- Es mejor que la mujer que sufre maltrato aguante por sus hijos/as porque es preferible que los niños/as tengan un padre a su lado.
- El maltrato es un asunto privado del entorno familiar y nadie debe inmiscuirse.

3 VIOLENCIA Y MALTRATADOR:

- Los malos tratos son incidentes por pérdida de control momentáneo.
- Los maltratadores suelen ser personas que están mal de la cabeza y/o abusan del alcohol.
- Con el tiempo el maltratador puede cambiar y la situación de maltrato desaparecer.
- Es imposible romper con una relación de maltrato.

4 CONCEPTO DE VIOLENCIA:

- Los casos de maltrato son casos aislados y puntuales, no es algo que tenga que alarmarnos socialmente.
- Sólo el maltrato físico es peligroso.



Ficha técnica del informe:

- **Ámbito:** Zaragoza, capital y provincia.
- **Universo:** Residentes de 17 y más años.
- **Muestra:** 1.000 (validados 619).
- **Método:** cuestionario verdadero/falso.
- **Trabajo de campo:**
Diciembre 2003/Enero 2004.

Los resultados obtenidos se han diferenciado por sexos, edad y procedencia (Zaragoza capital o provincia) y se han contrastado entre ellos para ver si existen diferencias significativas en razón del sexo, de la edad y de la procedencia.

ZARAGOZA CAPITAL

Con respecto a la capital cabría destacar lo siguiente en relación a los cuatro campos conceptuales objeto de estudio:



Mujer y violencia

El tanto por ciento global de mujeres que considera verdadera la primera pregunta (A las mujeres maltratadas les gusta el maltrato...) es de un 9,4 frente al 21% global de los hombres. Diferencia que resulta considerablemente más notoria en el intervalo de edad comprendido entre los 26 y 45 años: un 2,67 frente al 32,5%.



Lo mismo ocurre con las respuestas sobre la procedencia social de la mujer maltratada, el 10,2% de las mujeres encuestadas opinan que la pregunta es verdadera frente al 23,2% de los hombres; pero la diferencia es notablemente mayor entre las personas de edades comprendidas entre los 26 y 45 años: un 3,51% de las mujeres frente al 25% de los varones.

Con respecto a la última pregunta de este bloque: “Si una mujer es maltratada es porque algo habrá hecho” sólo el 2,26% de las mujeres considera que es verdadera frente al 10,7% de los hombres.

En cuanto a las diferencias por edades el mayor porcentaje de respuestas afirmativas en las mujeres se da entre las más jóvenes (17-25 años), cae drásticamente entre los 26 y 45 años y repunta de nuevo entre los 46 y 60 años.

No ocurre lo mismo con los varones. El porcentaje de respuestas afirmativas entre los más jóvenes es superior al de las mujeres pero sigue en línea ascendente o se mantiene entre los 26 y 45 años, para decaer notablemente entre los 46 y 60 años.

Familia y violencia

En este apartado las diferencias entre los rangos de edad se hace muy notorias sobre todo en la primera pregunta. “Es mejor que la mujer aguante por sus hijos/as...”, el 9,4% de las mujeres en global opina que la frase es verdadera frente al 23,2% de los varones. Esta diferencia se hace mucho más palpable en el intervalo de edad entre 26 y 45 años: un 4,51% de respuestas afirmativas en las mujeres frente al 50% en los varones.

Sobre el entorno en el que tiene lugar el maltrato el 2,26% de las mujeres opina que es privado y nadie debe inmiscuirse, frente al 10,7% de los varones que opina lo mismo.

Por edades se repite el esquema del apartado anterior entre el sexo femenino: las respuestas afirmativas tienen una notable caída entre los 26 y 45 años para repuntar en edades posteriores. Entre los varones la tendencia en este tramo de edad es inversa: aumentan las respuestas afirmativas (a veces de forma considerable) en el tramo de la madurez (26-45 años) y desciende posteriormente.

Violencia y maltratador

El porcentaje de mujeres que opina que el maltratador es un enfermo o un alcohólico es de un 28,2 frente al 46,4% de los varones.

Un 15,8% del sector femenino opina que con el tiempo el maltratador puede cambiar, opinión que se eleva hasta un 39,3% entre los varones (Las diferencias mayores en esta cuestión se producen entre los más jóvenes, la mitad de los hombres entre 17 y 25 años opinan que con el tiempo el maltratador puede cambiar, frente al 16,3% entre las chicas de la misma edad).

Para el 16,9% de las mujeres los malos tratos son incidentes de pérdida de control momentáneo frente al 39,3% de los hombres que comparten esa opinión. La diferencia se hace de nuevo insalvable entre los 26 y 45 años: un 6,14% de respuestas afirmativas femeninas frente al 50% masculinas.

Un 21,4 del porcentaje total de mujeres encuestadas opina que es imposible romper una relación de maltrato frente al 39,3% de los hombres que comparten esa opinión.

Aunque existen diferencias significativas en las respuestas a estas preguntas en algún otro rango de edad, globalmente se mantiene la tónica de que la mayor diferencia de opinión entre hombre y mujeres se produce entre los 26 y 45 años.

En este ámbito “violencia y maltratador” las respuestas afirmativas de las mujeres en general van disminuyendo con la edad; ocurre lo mismo con las respuestas de los varones, que aún manteniéndose muy por encima de la media femenina va disminuyendo el número de afirmaciones con la edad. Hay que destacar que en este apartado los varones parten de porcentajes afirmativos muy elevados en todas las cuestiones (entre el 42 y 54%), correspondientes a las respuestas de los más jóvenes (entre 17 y 25 años).

Concepto de violencia

Es en este apartado donde los porcentajes globales entre hombres y mujeres más se aproximan, aunque las diferencias por rangos de edad se mantienen muy alejadas en el intervalo entre los 26 y 45 años.

El 10,5% de las mujeres consideran los malos tratos casos aislados que no deben provocar la alarma social. El 10,7% de los varones corrobora esa opinión. Las posiciones son contrapuestas entre los 26 y 45 años, un 1,75% de respuestas femeninas afirmativas frente al 37,5% masculinas.

El 7,52% de las mujeres opina que sólo el maltrato físico es peligroso, respuesta compartida por el 8,93% de los varones. De nuevo se produce el distanciamiento entre los 26 y 45 años: el 0,88% de las mujeres responde afirmativamente frente al 25% de los varones.



Por edades se mantiene la tónica de la mayoría de los apartados anteriores, las respuestas afirmativas disminuyen bruscamente entre las mujeres de 26 a 45 años para repuntar después de esa edad y en los hombres ocurre lo contrario; aumentan las respuestas afirmativas en ese intervalo de edad para disminuir posteriormente.

ZARAGOZA CAPITAL/PROVINCIA

Nos ha parecido interesante contrastar los datos obtenidos tanto de la capital como de la provincia y establecer una comparación entre ellos. Esta comparativa viene referida a las respuestas dadas a las preguntas por las mujeres de uno y otro ámbito. No ha sido posible realizar el mismo estudio con varones ya que el número de respuestas tabuladas es mucho menor y la comparación no resultaría fiable estadísticamente.

Los resultados obtenidos comparando las respuestas de las mujeres en la capital y en la provincia son los siguientes:

Mujer y violencia

El porcentaje global en este campo apenas marca diferencias entre los resultados obtenidos en la capital de los de la provincia. No llega al 1% de diferencia en las tres preguntas.

Por rangos de edad se parte de un porcentaje de respuestas afirmativas más elevado entre las mujeres más jóvenes de la capital (17 a 25 años); tanto por ciento que cae entre las mujeres de la capital entre 26 y 45 años y que vuelve a subir, colocándose cerca de los valores de partida, en edades posteriores.

En la provincia, aunque el punto de partida es un porcentaje de respuestas afirmativas menor que en la ciudad, no se produce la caída que experimentan las respuestas de las mujeres entre 26 y 45 años de la ciudad, sino que se produce un aumento; porcentaje disminuirá posteriormente entre los 46 y 60 años.

Familia y violencia

Se siguen manteniendo diferencias entre los porcentajes de respuestas afirmativas obtenidos en la ciudad y los obtenidos en la provincia, un 9,4% de las mujeres de la capital opinan que deben aguantar el maltrato por los hijos, frente al 7,6% de respuestas afirmativas de la provincia. Un 11,7% de las encuestadas en la capital frente a un 7,6% en la provincia opinan que el maltrato es un asunto privado.

El comportamiento por rangos de edad es similar produciéndose una disminución de las respuestas afirmativas entre las mujeres de 26 a 45 años e incrementándose posteriormente entre los 46 y 60 (especialmente en la capital).

Violencia y maltratador

Los globales porcentajes de respuestas afirmativas en este apartado son bastante similares en conjunto, las diferencias no llegan a dos puntos. Sin embargo es donde se producen los porcentajes más altos de respuestas afirmativas de todo el cuestionario.

Un 16,9% de las encuestadas en la capital opinan que los malos tratos son pérdidas momentáneas de control, cifra similar en la provincia (16,8%). Un 28,2% cree en la capital que los maltratadores abusan del alcohol o están mal de la cabeza opinión que es compartida por un 26,9% de mujeres en la provincia. El 15,8% de las mujeres de la capital cree que el maltratador puede cambiar frente al 12,3% de las mujeres de la provincia.

Por rangos de edad son las más jóvenes, tanto en ciudad como en provincia, las que manifiestan un mayor número de respuestas afirmativas, con porcentajes que superan el 50% en algunos casos. Hay una disminución importante de respuestas afirmativas entre los 26 y 45 años (se siguen manteniendo no obstante niveles altos de afirmaciones) y el porcentaje en general se mantiene entre los 46 y 60 años.

Concepto de violencia

Como en apartados anteriores es la capital la que mantiene un nivel de afirmaciones más elevado, aunque las diferencias no sean notables.

Un 10,5% de las mujeres encuestadas en la capital piensan que el maltrato es algo aislado y puntual; opinión compartida por un 9,94% de las mujeres de la provincia. El 7,52% en la capital creen que sólo el maltrato físico es peligroso, frente a un 4,68% de las mujeres de la provincia.

Por rangos de edad el comportamiento es similar en la ciudad y en la provincia: se produce una disminución de las afirmaciones entre las mujeres de 26 a 45 años que repunta de los 46 a los 60. Esta tendencia se rompe sólo en la provincia con respecto a la consideración del maltrato físico donde el porcentaje de respuestas afirmativas más alto se da entre las mujeres de 26 a 45 años.

Nota

Todas las comparaciones anteriores hacen referencia a edades inferiores a 61 años. Dada la diferencia tan abismal encontrada entre las respuestas de las mujeres de 61 y más años de capital y provincia (incluso con el resto de rangos de edad) hacen necesario dedicarles un punto aparte.

Mientras en las respuestas afirmativas obtenidas en la provincia, aunque más elevadas en estas edades, no demuestran diferencias excesivamente significativas; en la capital se disparan con diferencias de más de 20 puntos en determinadas cuestiones.

Estas diferencias se mantienen con respecto a las mujeres de la provincia y sólo encuentran cierta similitud en las opiniones de los hombres entre 26 y 45 años.

A continuación y como un elemento muy importante para la reflexión he recogido gráficamente la comparativa entre hombres/mujeres del medio urbano de Zaragoza ente 17 y 60 años, que pone de manifiesto la diferencia tan abismal entre las respuestas de uno y otro sexo, sobre todo en el rango de edad comprendido entre los 26 a 45 años.

GRÁFICO 2

Los casos de maltrato son casos aislados y puntuales, no es algo que tenga que alarmarnos socialmente

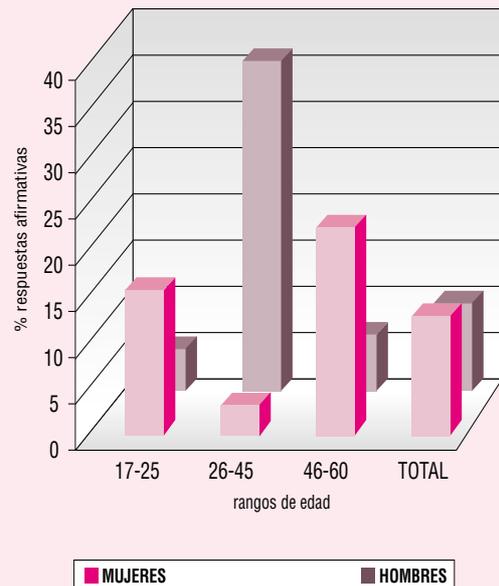


GRÁFICO 1

A las mujeres maltratadas les gusta el maltrato o son tontas o consiguen algo a cambio, si no, se marcharían de casa o se separarían

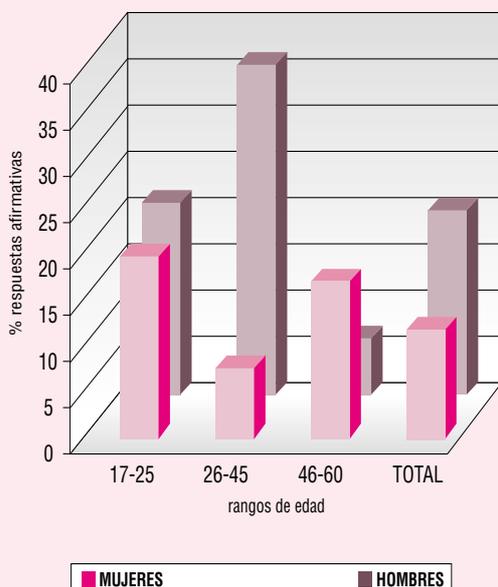


GRÁFICO 3

Los malos tratos son incidentes por pérdida de control momentáneo

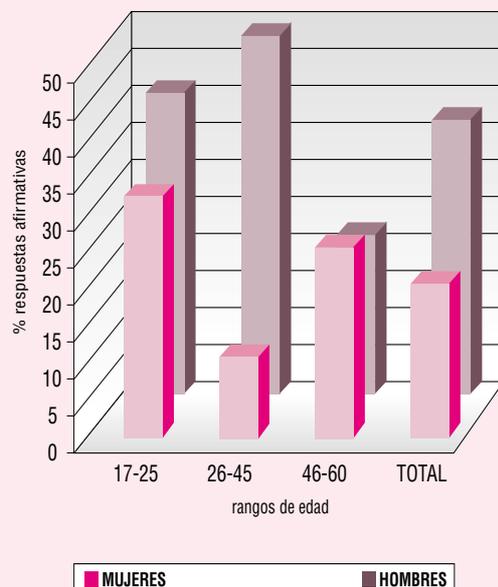




GRÁFICO 4

Las mujeres maltratadas pertenecen a familias que tienen problemas económicos, sociales, o son de determinados grupos étnicos

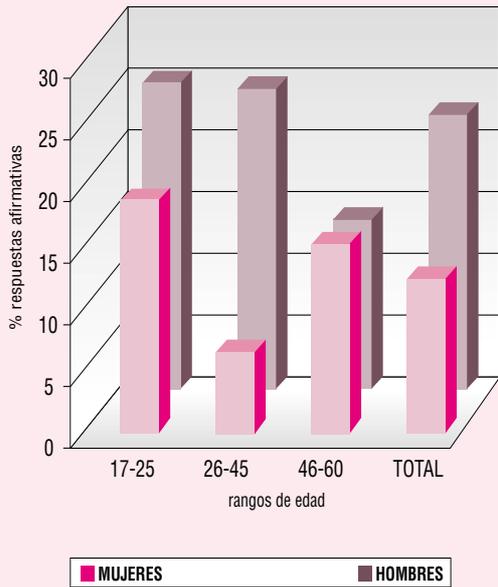


GRÁFICO 6

Los maltratadores suelen ser personas que están mal de la cabeza y/o abusan del alcohol

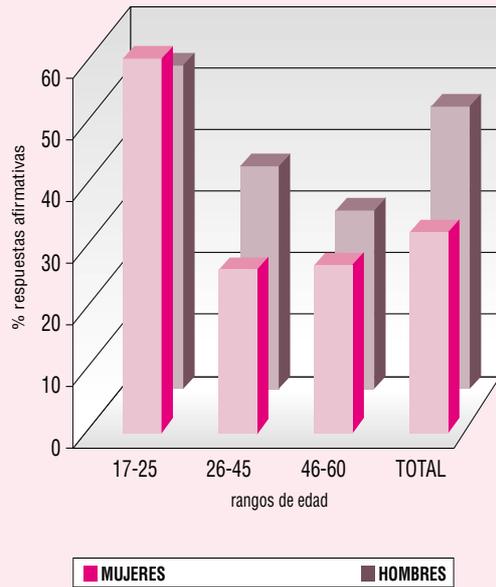


GRÁFICO 5

Sólo el maltrato físico es peligroso

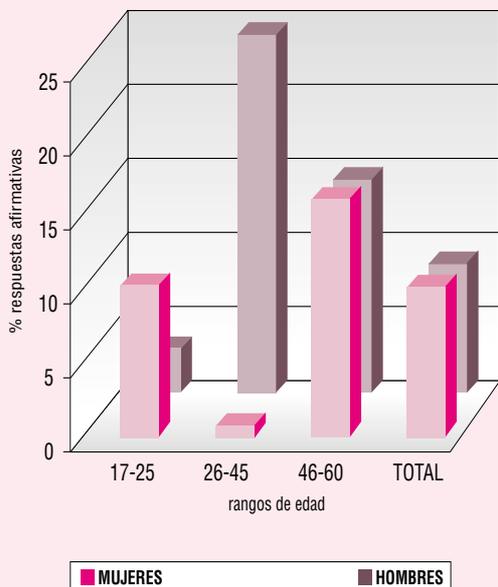


GRÁFICO 7

Con el tiempo el maltratador puede cambiar y la situación de maltrato desaparecer

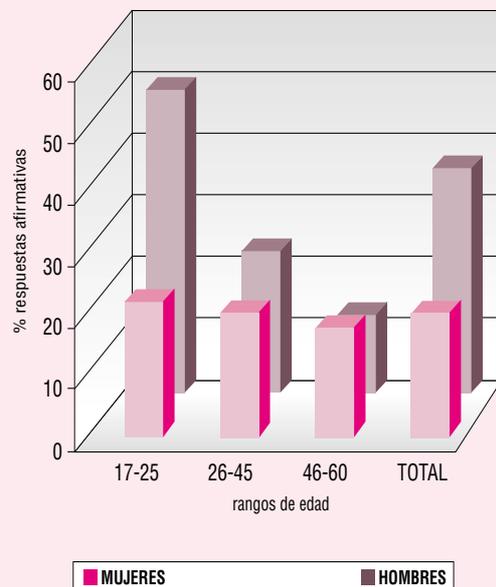


GRÁFICO 8

Es imposible romper con una relación de maltrato

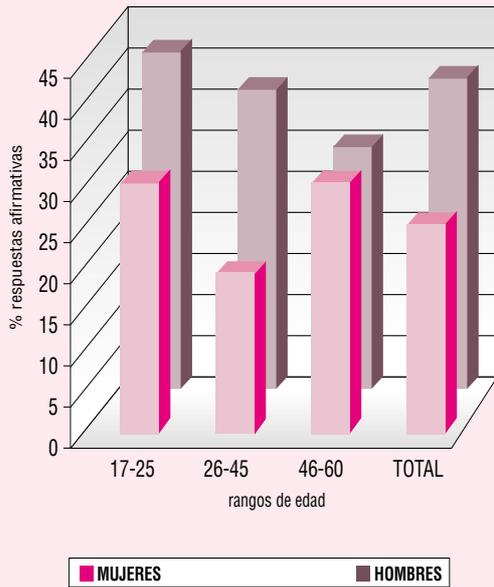


GRÁFICO 10

El maltrato es un asunto privado del entorno familiar y nadie debe inmiscuirse

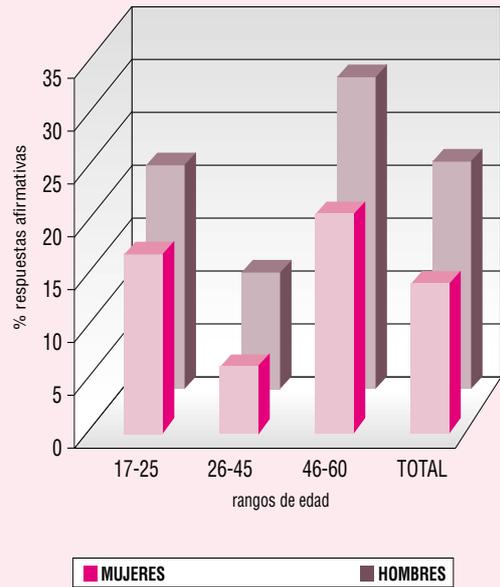


GRÁFICO 9

Es mejor que la mujer que sufre maltrato aguante por sus hijos/as porque es preferible que los niños/as tengan un padre a su lado

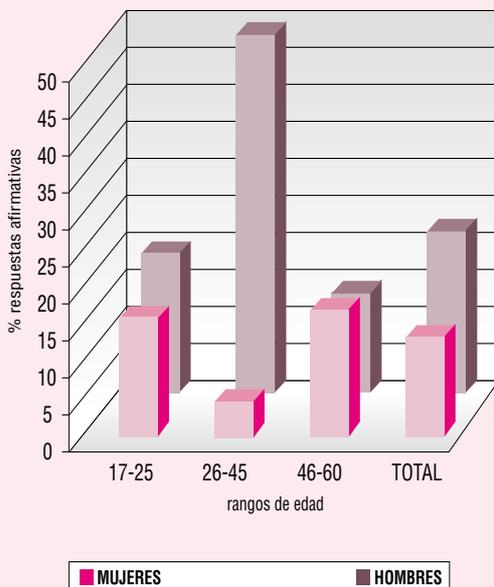
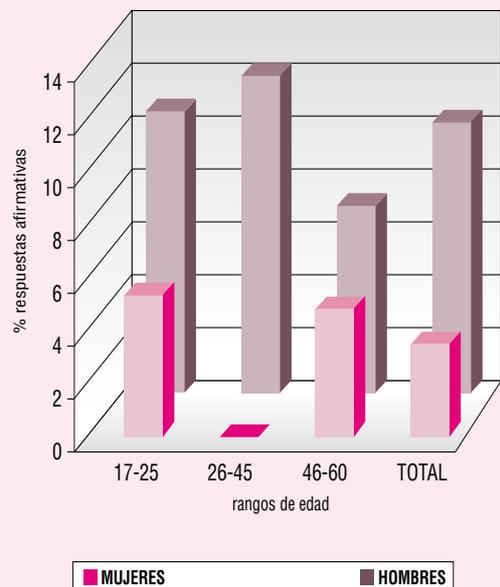


GRÁFICO 11

Si una mujer es maltratada es porque algo habrá hecho





Breves

Sentencia del Tribunal Supremo,
10-02-05, EDE 2005/11835

PONENTE: D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

Fijación temporal de pensión compensatoria

Debe resolver el TS si procede acordar una pensión compensatoria con carácter temporal en el correspondiente procedimiento matrimonial.

Siguiendo lo dispuesto por la doctrina científica y diversas audiencias, la Sala estima el presente recurso y declara como doctrina jurisprudencial la posibilidad de fijar la duración limitada de la citada pensión, siempre que cumpla la función reequilibradora referida en el art. 97 CC, al darse los presupuestos necesarios que acrediten una base real para limitar la misma.

(...) PRIMERO.- En el presente recurso de casación se plantea el tema de interés casacional relativo a si el art. 97 del Código Civil permite fijar la pensión compensatoria con carácter temporal a cuyo efecto se afirma la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, pues en tanto unas Sentencias lo admiten, otras entienden que debe ser vitalicia (...).

SEGUNDO.- La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales, —y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral—, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria

evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización —unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad—, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria.

El art. 97 CC dispone que “el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:(...)”. Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonial. (...)

El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede

cumplir la función reequilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio —que constituyó la “condicio iuris” determinante del nacimiento del derecho a la pensión—. (...)

TERCERO.- La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias —“sui generis”—. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia —que atiende al concepto de necesidad—, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la “perpetuatio” de un “modus vivendi”, o a un derecho de nivelación de patrimonios. Como consecuencia de ello procede decir, además de que no resulta excluida por el art. 97 CC —el que no la recoja no significa que la prohíba—, que la pensión temporal no afecta a la regulación de los arts. 99, 100 y 101 CC, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada.

El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora...

Por consiguiente la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida —vitalicio—. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del art. 97 adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el art. 3.1 CC. (...)

Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad —“ratio”— como norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensación del desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia. De lo dicho se deduce que la ley —que de ningún modo cabe tergiversar— no prohíbe la temporalización y se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación (...).

Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desentenderse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión “ex ante” de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad como determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado “futurismo de adivinación”. El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo cual habrá de actuarse con prudencia y ponderación —como en realidad en todas las apreciaciones a realizar sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles y generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.

En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AAPP, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del art. 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal (...).



MUSULMANES EN EL ARAGÓN DEL SIGLO XXI

Ángeles Vicente, ed. *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*. Zaragoza: Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, 2004. 208 páginas. (Estudios Árabes e Islámicos; 2).

Hablar de los musulmanes que viven en una sociedad determinada es sumamente complicado, puesto que se trata de un colectivo muy heterogéneo compuesto de personas de distintas nacionalidades, diferentes lenguas y muy diversas circunstancias personales.

Lo que pretende este volumen es acercar esa realidad que, en numerosas ocasiones, se ve distorsionada y mal interpretada incluso por los medios de comunicación.

Intenta establecer pautas para conocer cómo son los musulmanes que viven en la Comunidad de Aragón, tratando asuntos como las cifras objetivas del número de personas a las que nos referimos, la evolución en el proceso formativo, las lenguas que hablan, problemas que pueden tener los niños y niñas escolarizados en nuestras escuelas, etc.

Para conseguir estos objetivos, se ha realizado un trabajo de campo con los protagonistas, de

manera que los datos que aparecen han sido aportados en gran parte por informantes conocedores de primera mano de su realidad.

Los resultados obtenidos se interpretan en estos artículos desde la perspectiva de diferentes disciplinas, como la geografía humana, el derecho, la sociolingüística y la antropología.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y GÉNERO: LAS PREMISAS INVISIBLES

M^a Aránzazu Novales Alquézar. *Derecho Antidiscriminatorio y Género: Las Premisas Invisibles*. Santiago de Chile: UNIFEM Universidad Central de Chile, Gobierno de Chile, 2004. 580 páginas.

La finalidad fundamental de este estudio es identificar, nombrar y visibilizar diversos elementos que forman parte de la experiencia de las mujeres como personas que pertenecen al género humano y que no pueden olvidarse cuando se habla de Derecho y Justicia.

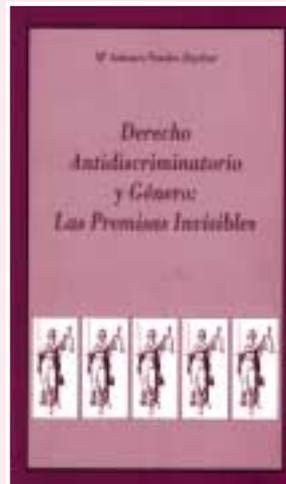
Se estructura en dos grandes bloques:

- En el primero se reflejan los fundamentos de la necesidad de relacionar la perspectiva de género con el Derecho. Pretende dar cuenta de una serie de datos que muestran dicha necesidad si pretendemos continuar hablando de democracia y de justicia.

Cuenta con unas páginas dedicadas a mostrar la importancia que tiene para la construcción de la democracia y para la felicidad de los hombres el que éstos asuman una actitud activa en el avance de la comunicación entre los sexos.

- En el segundo, se relaciona la perspectiva de género con algunas disciplinas jurídicas.

La Ética, la Filosofía Moral, la Filosofía Política, el Derecho Privado y el Público no pueden prescindir del género como categoría transversal de estudio de la Ciencia. Y en materia de feminismo, la omisión no equivale a imparcialidad. En la parte final, se aclaran algunos conceptos de la evolución del Derecho Antidiscriminatorio en el mundo occidental.



MUJERES Y CIUDADANÍA: LA DEMOCRACIA PARITARIA

Julia Sevilla Merino. *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*. Valencia: Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, 2004. 172 páginas. (Cuadernos Feministas; 4).

La participación política de las mujeres ha sido motivo de preocupación creciente para las Naciones Unidas, la Unión Europea y el Consejo de Europa, prodigiándose la normativa y las recomendaciones para impulsar a los Estados a adoptar medidas a fin de paliar ese déficit representativo.

El núcleo central de esta exposición, es sostener la tesis de que la participación política de la mujer en término de paridad, o de otras fórmulas que se aproximen a la paridad, no es sólo una exigencia de orden cultural sino una exi-

gencia derivada del mismo ordenamiento jurídico.

Para la autora, no es posible negar en el momento actual la existencia de una creciente aspiración política, impulsada por el movimiento feminista, plasmada en numerosos instrumentos políticos y normativos tanto a nivel nacional como internacional, que pretende desde muy diversas argumentaciones la paridad de la mujer en la vida pública y, en concreto, en los ámbitos de decisión política.

Sobre la igualdad de sexos aparecen referencias tanto en el plano internacional como en los ordenamientos internos.

Tal principio se recoge tanto en instrumentos internacionales generales:

- Declaración Universal de Derechos Humanos,
- Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,
- y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

como en otros específicos, como el documento "Plataforma de Acción para la Igualdad, el desarrollo y la paz" aprobado por la IV Conferencia Mundial de la ONU sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995.





ECONOMÍA Y GÉNERO

Paloma de Villota, ed. *Economía y Género*. Barcelona: Icaria, 2003. 535 páginas. (Economía; 44).

Los tres ejes temáticos abordados en este volumen son:

- macroeconomía y género,
- política fiscal,
- liberalización comercial
- y flujos monetarios.

La primera parte hace hincapié en la necesidad de entender la macroeconomía desde este enfoque crítico conseguido gracias a la perspectiva feminista como teoría crítica, fundamentado en un contundente análisis empíricamente contrastado.

La segunda parte invita al análisis y delimitación del impacto presupuestario sobre las mujeres, fundamentalmente el que ejerce sobre aquella con menores ingresos económicos. Incluye algunos estudios sobre presupuestos públicos sensibles al género que se han llevado a cabo en diferentes países de América Latina.

Y termina con un análisis empírico centrado en la imposición sobre la renta en España, la ausencia de neutralidad desde la perspectiva de género de la imposición de la renta, e intenta resaltar el impacto

de ese tributo teniendo en cuenta las desigualdades salariales entre mujeres y varones en el empleo.

La tercera parte engloba las aportaciones centradas en torno al eje temático de la liberación comercial y la movilidad creciente de los flujos monetarios a escala mundial.

Se sugiere que las mujeres formulen su agenda propia con relación a la reforma monetaria internacional, asimismo se esboza una serie de propuestas entre las que cabe reseñar la implantación de controles a los movimientos exteriores de capital.

LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FISCALES Y SOCIALES EN ESPAÑA: UN MODELO ALTERNATIVO

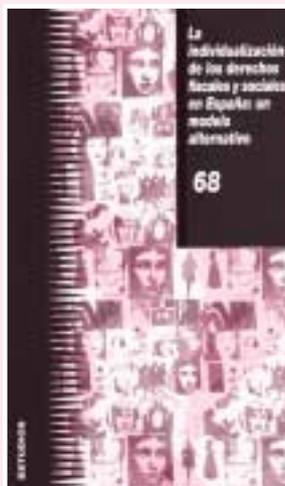
Paloma de Villota, Ignacio Ferrari. *La individualización de los derechos fiscales y sociales en España: un modelo alternativo*. Madrid: Instituto de la Mujer, 2000. 283 páginas. (Estudios; 68).

El objetivo prioritario de la investigación es el análisis de la individualización de los derechos sociales y fiscales en la implantación de la renta en España desde la implantación de la democracia y la aprobación de la Ley 14 de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 1977 hasta la reforma anual del IRPF.

Pretende delimitar el concepto de individualización de derechos sociales en el ámbito de la Seguridad Social así como valorar la evolución del impuesto y el coste que han pagado las españolas debido a que la política fiscal no ha tenido un enfoque de género o de individualización de derechos. Perspectiva que realmente no se ha contemplado en nuestro país hasta la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989 que declaraba la inconstitucionalidad de la acumulación de rentas por matrimonio.

Se analiza igualmente la influencia de la normativa fiscal y de la seguridad social (prestaciones contributivas y no contributivas) sobre la oferta de trabajo y se ponen de relieve los efectos desincentivadores de la “trampa de la pobreza” y de la “trampa del tiempo parcial” al combinarse en ambos casos los efectos originados por la pérdida de prestaciones sociales.

La finalidad primordial es la de buscar aquellas disposiciones de Seguridad Social que generen modificaciones por motivo del estado civil o relación familiar del beneficiario/a en las prestaciones económicas percibidas en concepto de jubilación y desempleo y que junto con las cargas fiscales pueden generar un impacto desincentivador en la oferta laboral.



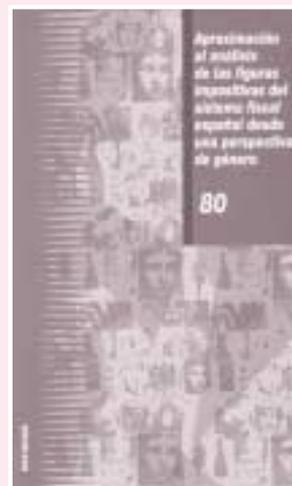
APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DE LAS FIGURAS IMPOSITIVAS DEL SISTEMA FISCAL ESPAÑOL DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Paloma de Villota Gil-Escóin, Ignacio Ferrari Herrero. *Aproximación al análisis de las figuras impositivas del sistema fiscal español desde una perspectiva de género*. Madrid: Instituto de la Mujer, 2003. 175 páginas. (Estudios; 80).

Este estudio es una continuación de la línea de investigación abierta por sus autores en el ámbito de la política fiscal, iniciado con el trabajo *La individualización de los derechos fiscales y sociales de España: un modelo alternativo*.

El presente libro se ha estructurado en cuatro partes claramente diferenciadas:

- La primera presenta una panorámica general de las figuras impositivas que configuran la imposición en España.
- La segunda, se centra en la imposición directa, es decir, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
- La tercera, ofrece una primera aproximación a algunos tributos indirectos del sistema impositivo español, en concreto, el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.
- La cuarta y última, resume las conclusiones obtenidas en las anteriores, en las que se ha llevado a cabo una primera aproximación al análisis de las figuras impositivas del sistema fiscal español desde una perspectiva de género.



HUESCA

E-mail: iamhu@aragon.es

- **ALTO GÁLLEGO**
Serrablo, 113. Teléfono 974 480 376. Sabiñánigo.
- **BAJO CINCA/BAIX CINCA**
P.º Barrón Segóñe, 7 bajos. Teléfonos 974 454 196 – 974 472 147. Fraga.
- **CINCA MEDIO**
Avda. del Pilar, 47. Teléfono 974 415 973. Monzón.
- **HOYA DE HUESCA**
Ricardo del Arco, 6. Teléfono 974 293 031. Huesca.
- **JACETANIA**
Avda. de Levante, 10. Teléfono 974 356 735. Jaca.
- **LA LITERA/LA LLITERA**
Dr. Flemig, 1. Teléfono 974 431 022. Binéfar.
- **MONEGROS**
Plaza de España, 1. Teléfono 974 391 276. Sariñena.
- **RIBAGORZA**
Ángel San Blancat, 6. Teléfono 974 540 385. Graus.
- **SOBRARBE**
La Solana, s/n. Teléfonos 974 500 909 – 699 319 053. Aínsa.
- **SOMONTANO DE BARBASTRO**
P.º de la Constitución, 2. Teléfono 974 310 150. Barbastro.

TERUEL

E-mail: iamter@aragon.es

- **ANDORRA-SIERRA DE ARCOS**
Pº de las Minas, esquina C/ Ariño, 1. Teléfono 978 843 853. Andorra.
- **BAJO ARAGÓN**
Mayor, 2 bajo dcha. Teléfono 978 871 217. Alcañiz.
- **BAJO MARTÍN**
Lorente, 45. Teléfono 978 826 302. La Puebla de Híjar.
- **CUENCAS MINERAS**
Escucha, s/n. Teléfono 978 756 795. Utrillas.
- **GÚDAR-JAVALAMBRE**
Pza. de la Villa, 1. Teléfono 978 800 008. Mora de Rubielos.
- **JILOCA**
Avda. de Valencia, 3. Teléfono 978 731 618. Calamocha.
- **MAESTRAZGO**
Ctra. del Pantano, s/n. Teléfono 978 887 574. Castellote.
- **MATARRAÑA/MATARRANYA**
Avda. Cortes de Aragón, 7. Teléfono 978 890 884. Valderrobres.
- **SIERRA DE ALBARRACÍN**
Portal de Molina, 16. 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 de España, 1. Ayuntamiento. 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. Teléfono 976 852 028. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**
Avda. Goya, s/n. Teléfono 976 622 030. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**
Plaza de España, 6 bajos. Teléfono 976 800 713. Daroca.
- **CINCO VILLAS**
Avda. Cosculluela, 1. Teléfono 976 661 515. Ejea de los Caballeros.
- **COMUNIDAD DE CALATAYUD**
San Juan el Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.
- **RIBERA ALTA DEL EBRO**
Plaza de España, 1. Teléfono 976 613 005. 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**
Cº de las Torres, 73. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.
<http://portal.aragon.es>



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

ASESORÍA JURÍDICA

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

ASESORÍA PSICOLÓGICA

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

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

ASESORÍA LABORAL

iاملaboral@aragon.es

Ofrece asesoramiento presencialmente en las sedes de Zaragoza, Huesca y Teruel y por teléfono, carta o correo electrónico, mediante:

- Recepción de demandas de búsqueda de empleo.
- Ofertas de empleo: estudio.
- Proposición sobre mejoras en cuanto al acceso al empleo.
- Individualización del proceso de búsqueda de empleo.
- Oferta formativa.

ASESORÍA EMPRESARIAL

iamza@aragon.es

Ofrece asesoramiento empresarial para las mujeres que pretenden crear su propio puesto de trabajo mediante:

- Información.
- Asesoramiento: Estudio de viabilidad económico-financiera, planificación a tres o cinco años de las inversiones, cuando sea necesario. Fiscal. Sobre la búsqueda de socios/as. Sobre el acceso al mercado.
- Acciones de Motivación.
- Seguimiento: Apoyo en la gestión. Contactos con organismos, instituciones y otras empresas. Nuevas ayudas. Seguimiento y apoyo a la emprendedora durante toda la vida del proyecto.
- Programa inf@empresarias. Envía a las empresarias información periódica y asesoramiento a su dirección de correo electrónico.

ASESORÍA SOCIAL

Ofrece información y asesoramiento en los aspectos sociales y coordinación con las diferentes asesorías del IAM y con otras Instituciones.



ESPACIO

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

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

C O N T E N I D O

Editorial.....	5
DERECHO INTERNACIONAL	
Mujeres, guerra y violencia: los modos de compensación en el Derecho Internacional contemporáneo. Por Yolanda Gamarra Chopo. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.	6
Democracia y derechos de las mujeres en Marruecos: el nuevo Código de la Familia. Por Alicia del Olmo Garrudo. Arabista. Experta en Género y Desarrollo en países árabes. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).	19
DERECHO COMUNITARIO	
Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea. Por Elena Zabalo Escudero. Catedrática de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza....	28
Políticas familiares en la UE. Particular referencia al caso español. Por Carmen Ortíz Lallana. Catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de La Rioja..	34
El acervo comunitario en materia de igualdad de trato; la adecuación del ordenamiento jurídico interno. Por Teresa Pérez del Río. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, habilitación de Catedrática. Universidad de Cádiz.....	38
DERECHO ESPAÑOL	
Medidas para la igualdad. Vicepresidencia Primera del Gobierno. Ministerio de la Presidencia. Madrid, 3 de Marzo de 2005.	48
La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género. Por Agurtzane Goiriena Lekue. Profesora Colaboradora de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho Constitucional, Administrativo y Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco.	52
Protección especial por riesgos durante el embarazo de la trabajadora autónoma. Por Djamil Tony Kahale Carrillo. Licenciado en Derecho. Doctorando Universidad de Salamanca.....	58
El Observatorio Estatal de violencia sobre la Mujer. Por Fernando Reviriego Picón. Profesor de Derecho Constitucional (UNED). Coordinador del Observatorio de Género del Instituto de Derecho Comparado.....	61
La individualización de los derechos a la pensión de vejez en Alemania y en España. Por José Fernando Lousada Arochena. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.....	64
FORO DE DEBATE	
Informe estadístico: Violencia contra las mujeres, Zaragoza ¿qué opinas? Por José María Galdo Gracia. Coordinador europeo del Proyecto WOW. Centro de Educación de Personas Adultas "Juan José Lorente".....	68
BREVES	
Fijación temporal de pensión compensatoria. Sentencia del Tribunal Supremo, 10-2-05, EDE 2005/11835. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández.....	76
LIBROS	
Referencias bibliográficas comentadas. Por Vanesa Hernández Cortés. IAM Documentación y Publicaciones.....	77