

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 22

ENERO-JUNIO 2008

PERIODICIDAD SEMESTRAL





CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

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

SUBDIRECTORA

ROSA BORRAZ PALLARÉS

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

SECRETARIA TÉCNICA

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

VOCALES

■ GABRIEL GARCÍA CANTERO

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

■ ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

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

■ ANA NAVARRO ALASTUEY

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

■ M^a JOSÉ SÁNCHEZ MARTÍN

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

■ CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

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

■ MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

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

EDITA:

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

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

■ Universidad de Zaragoza.

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

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

CONSEJO ASESOR

■ ANA FERNÁNDEZ ABADÍA

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

■ FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

■ FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ VEGA ESTELLA IZQUIERDO

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

■ 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 la Seguridad Social. Consejero de Estado.
Ex-presidente del Tribunal Constitucional.

■ DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Inspectora. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

■ ELISA SIERRA

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

■ CARMEN ORTÍZ LALLANA

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

■ MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

■ ROBERT ALEXY

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

■ ALFONSO 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

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

■ FERNANDO REY MARTÍNEZ

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

■ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

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

■ MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

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

■ LUIS NAVARRO ELOLA

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

■ CARMEN SÁEZ LARA

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

■ ASUNCIÓN VENTURA

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

■ CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Administradora Superior del Gobierno de Aragón.

■ ROGELIO ALTISENT

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

■ AURORA LÁZARO

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

■ MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

■ JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

■ ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

1

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

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Teléfono 976 762 117. 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 (closegui@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 expertos externos al Consejo de Redacción. También y en su caso se solicitará la lectura a miembros del Consejo Asesor u otras personas especialistas cuando se estime oportuno y, en consecuencia, podrán ser aceptados para su publicación.

5

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

4



En este número de la revista, algunos artículos desarrollan algunos aspectos relacionados con la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Juan Molins García-Atance, plantea ciertos problemas que suscita la inversión de la carga de la prueba. Por su parte, las profesoras Sara Alcázar Ortiz y Camino Ortiz de Solórzano afrontan las mejoras en la acción protectora del sistema público de Seguridad Social tras la entrada en vigor de la mencionada Ley Orgánica.

La Profesora María Cristina Polo Sánchez de la Universidad de Salamanca, profesora titular de Derecho Laboral, profundiza en los conceptos de Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo.

El Magistrado del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social, José Fernando Lousada Arochena, aborda cuestiones relacionadas con las últimas reformas en el permiso de lactancia.

Como va siendo habitual en la revista, es necesario seguir profundizando en las consecuencias de la aplicación del derecho extranjero en España. Para ello hemos contado con la contribución de la abogada y profesora de la Universidad de Cantabria, Aura Tazón Cubillas, que nos ilustra sobre el Matrimonio islámico y Derecho de familia español.

En relación con la violencia de género, Víctor Merino, del Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia describe la labor de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer en Naciones Unidas.

Por su parte, la Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género y Vocal del Consejo General del Poder Judicial, D^a Montserrat Comas d'Argemir, valoró la conveniencia de efectuar un análisis de las sentencias dictadas por los tribunales del jurado en el período 2001-2005, relativas a homicidios o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex-pareja.

El estudio ha sido realizado por las magistradas y magistrados que integran el Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial –D^a Pilar Alambra Pérez, D. Carles Cruz Moratones, D. Vicente Magro Servet, D^a M^a Jesús Millán de las Heras, D^a Inmaculada Montalbán Huertas, D^a María Tardón Olmos, D^a Isabel Tena Franco, D^a Francisca Verdejo Torralba y D^a Montserrat Comas d'Argemir–, así como por las personas también magistrados y magistradas, y letrados y letradas del Consejo, D. Joaquín Delgado Martín, Jefe del Servicio Central, y D^a Paloma Marín López, Jefa de la Sección del Observatorio del Consejo. Se ha contado, además, con la participación de D. Miguel Lorente Acosta, médico forense y reconocido experto y estudioso de la violencia de género, que ha aportado el análisis médico forense de los hechos y circunstancias que los han acompañado.

Debemos agradecer a los componentes del grupo que ha realizado este estudio su disponibilidad para su publicación en esta revista.

Cerramos este número con un estudio elaborado por el grupo de Aragón de la Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas (AMIT), sobre la situación de las investigadoras en las políticas de investigación científica e innovación tecnológica y las consecuencias de la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007.

María Elósegui Itxaso

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

La (re)configuración del concepto de violencia contra las mujeres en el sistema de derechos humanos⁶

LA LABOR DE LA
RELATORA ESPECIAL
SOBRE LA VIOLENCIA
CONTRA LA MUJER.

POR VÍCTOR MERINO SANCHO.
Becario FPI
de la Generalitat Valenciana.
Instituto Universitario
de Derechos Humanos.
Universidad de Valencia.



1. INTRODUCCIÓN

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, es una de las iniciativas que Naciones Unidas adopta para combatir la violencia contra las mujeres. Desde su nombramiento por la Comisión de Derechos Humanos², se ha convertido en la principal intérprete del marco conceptual configurado en el derecho internacional y el paradigma de integración de los derechos humanos de las mujeres y la perspectiva de género, expresión que da título a la mayoría de sus informes. Su contribución al concepto de violencia es una de las consecuencias más interesantes de su nombramiento, ampliando sus aportaciones a otras cuestiones como la igualdad o los propios derechos humanos.

La Relatora contribuye a la configuración de la categoría violencia contra las mujeres desde su análisis teórico sobre los distintos tipos de violencia, sus causas o sus consecuencias. Su labor se caracteriza por adaptar la normativa internacional de derechos humanos, especialmente los documentos relacionados con los derechos de las mujeres y la violencia, a las circunstancias sociales en las que suceden las violaciones de estos derechos. Su propósito no es modificar el marco establecido en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*³, pero sus aportaciones conceptuales deben ser consideradas por su calidad de intérprete y su efectiva reconfiguración.

2. LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES COMO UNA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. CONSIDERACIONES GENERALES

La Declaración definió los caracteres principales de la violencia contra las mujeres. Su preámbulo contiene sus rasgos definitorios. Se afirma “que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e

impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos”. Del mismo modo, se reconoce que “constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación”.

La Relatora parte de estas consideraciones en sus informes, incidiendo en mayor medida en las consecuencias que de ellas se derivan. La Declaración reconoce, por tanto, una situación de subordinación⁴ de las mujeres, atendiendo a su situación social. Esta interpretación supone la asunción de la estructura de la sociedad tomando “en consideración la posición y situación de las mujeres y los problemas del sexo-género”⁵, frente al modelo vigente en el sistema general de derechos humanos, sobre el que la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* también se formulaba. Me refiero al modelo de tratamiento jurídico de la igualdad y la diferencia definido por Ferrajoli como “el de la *homologación jurídica de las diferencias*”⁶, que implica un posicionamiento neutral respecto del sujeto de derechos del que se deriva “un marco jurídico general y abstracto para todas las personas”⁷, desconocedor de las situaciones sociales en las que se encuentran todas las personas.

En cuanto a la labor de la Relatora, en sus informes se incide en la necesidad de advertir esta realidad social y reitera en numerosas ocasiones que el sistema de derechos humanos debe proceder de tal forma. Retomando el Preámbulo, afirma que “el sistema de dominio masculino tiene raíces históricas y sus funciones y manifestaciones varían con el tiempo [...], la opresión de la mujer es una cuestión política y es necesario analizar las instituciones del Estado y la sociedad, el condicio-

1

Este texto se inscribe en el proyecto de investigación I+D+I MUJER 2005 - PI - 150. Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

2

La Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias es un órgano de Naciones Unidas cuyo mandato fue establecido por la Comisión de Derechos Humanos en su resolución *La cuestión de la integración de los derechos humanos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer*. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de 4 de marzo de 1994. Tras esta resolución, el mandato de la Relatora se ha renovado en dos ocasiones, en virtud de las resoluciones de la Comisión 1997/44 de 11 de abril de 1997 y 2003/45 de 23 de abril de 2003. Tras la primera resolución fue nombrada Radhika Coomaraswamy y en 2003, Yakin Ertürk.

3

Resolución de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1993 (A/Res./48/104).

4

Entendiendo la subordinación “como desigualdad estructural de carácter grupal”. Véase BARRÈRE UNZUETA, M^ªA.: “Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus Igualdad de Oportunidades”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Instituto Vasco de la Administración Pública. Núm. 60. Mayo-Agosto (2001). pp. 145-166. (p. 153). En este mismo sentido, AÑÓN ROIG, M^ªJ. y MESTRE I MESTRE, R.: “Violencia contra las Mujeres: discriminación, subordinación y derecho”, en *La nueva Ley Contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*. Coord. Javier Boix Reig y Elena Martínez García. Madrid. Instel. 2005. pp. 31-63.

5

Véase AGRA ROMERO, M^ªX: “Género y justicia social y política” en *Género, ciudadanía y sujeto político. En torno a las políticas de igualdad*. Coord. Neus Campillo. Valencia. Institut Universitari d'Estudis de la Dona. Col·lecció Quaderns Feministes. 2002.

6

En cursiva en el original. Véase FERRAJOLI, L.: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Tercera Edición. Madrid. Trotta. 2002. p. 75.

7

Véase RUBIO, A.: “Igualdad y Diferencia. ¿Dos Principios Jurídicos?”. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Núm. 4. Año II. Enero-Junio 1995. pp. 259-289. p. 281.



namiento y la socialización de las personas y el carácter de la explotación económica y social. El uso de la fuerza es sólo uno de los aspectos de este fenómeno, que la somete por la intimidación y el miedo” (Informe Preliminar⁸, párrafos 46 a 57). La Relatora es consciente de la implicación entre igualdad y violencia, introduciendo en el sistema de derechos humanos la opresión como paradigma desde el cual combatir esta situación.

En uno de sus primeros informes, el Informe 1996/53⁹, en el cual se analiza la violencia contra la mujer en el hogar, dispone que “la violencia en el hogar es un poderoso instrumento de opresión” (párrafos 27 y 28). Este reconocimiento expreso de la opresión, y de la violencia como violación de la igualdad, revierte en la afirmación de los derechos humanos de las mujeres. Estamos ante una violencia específica contra las mujeres, estructural y sistémica, que afecta a sus derechos. En este mismo documento reconoce que esta violencia “debe considerarse una violación de los derechos humanos en sí misma” (informe 1996/53, párrafo 28).

En su primer informe reconoció la existencia del sistema sexo/género¹⁰ al afirmar que “algunas modalidades de dominio patriarcal son universales, aunque dicho dominio adopte diferentes formas como resultado de experiencias históricas particulares y diferentes” (Informe Preliminar, párrafo 50). En el primer informe de la segunda Relatora nombrada, Yakin Ertürk, también se interrelacionan igualdad y violencia cuando se refiere a “la *universalidad* de la violencia contra la mujer, la *multiplicidad* de sus formas y la *convergencia* de los diversos tipos de discriminación contra la mujer y su vinculación a un sistema de dominación basado en la subordinación y la desigualdad” (Informe 2004/66¹¹, Resumen, pág. 2). La Relatora insta a advertir el posible cruce de sistemas de opresión, que ocasiona la pertenencia de una persona a diversos grupos oprimidos creando una opresión múltiple, en todo

caso no en un nivel cuantitativo sino cualitativo¹².

Su interpretación de la violencia como una violación de los derechos humanos, una cuestión política y una de las formas institucionalizadas a través de las cuáles se manifiesta la opresión estructural de las mujeres, partiendo de la concepción de la igualdad en los derechos que tiene en cuenta las experiencias de las mujeres, contribuye a la configuración de los parámetros bajo los cuáles deben articularse los mecanismos jurídicos y extrajurídicos para la eliminación de esta violencia. La Relatora se ha convertido por todo ello en la intérprete de la Declaración y “fiscaliza”, aunque sus funciones sean muy limitadas y sus informes meramente declarativos, todas las medidas relacionadas con la eliminación de la violencia.

3. LA CREACIÓN DE UN DISCURSO AUTÓNOMO. APORTACIONES CONCEPTUALES A UN CONCEPTO EN CONFIGURACIÓN

Me interesa destacar tres aspectos concretos, sobre los cuáles incide la Relatora en sus informes, que muestran cómo articula un discurso autónomo, partiendo de los presupuestos establecidos en la normativa internacional. El primero de ellos viene referido a la delimitación conceptual respecto de la violencia contra las mujeres. Esta violencia entre iguales se caracteriza por el sujeto contra el que se ejerce, las mujeres por el hecho de ser mujeres, y por ello implica ciertos caracteres que la individualizan. En segundo lugar, e implícito en el anterior, la Relatora advierte del objetivo de este tipo de violencia. El mantenimiento del control y del poder de definición, los cuáles han sido negados a las mujeres sustentando el sistema sexo/género, legitimador de esta violencia. En último lugar, afirma la posibilidad de concebir tipos concretos de esta violencia como actos de tortura. Por primera vez, un organismo internacional que forma parte del entramado institucional de Naciones

8

En su Informe Preliminar 1995/42, párrafo 8º, el primer informe presentado por la Relatora, incluye estas afirmaciones y un análisis inicial del marco conceptual establecido en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias* Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos, incluido en un documento de la Comisión de Derechos Humanos, bajo el título de *Ultrior promoción y fomento de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Otros enfoques y medios que ofrece el sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Ref. E/CN.4/1995/42.

9

Véase Informe “Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Otros criterios y medios que ofrece el sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión. Ref. E/CN.4/1996/53

10

Aunque la Relatora no se refiera al mismo explícitamente como tal, sino como sistema de dominación patriarcal, considero más oportuno identificarlo como sistema sexo/género, advirtiendo de su carácter social y la no necesidad de implicación de violencia. Ver MESTRE I MESTRE, R.M.: *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*. València. Publicacions de la Universitat de València. 2006. p. 73 y ss.

11

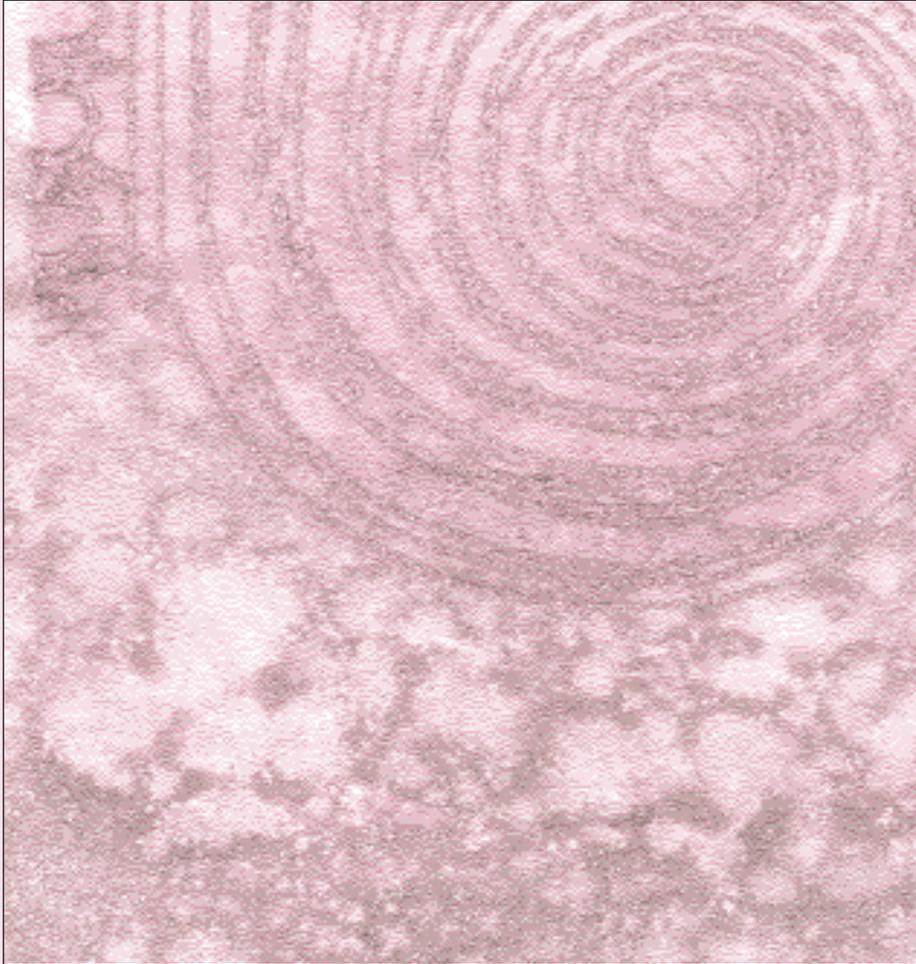
Informe *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Hacia una aplicación efectiva de las normas internacionales para poner fin a la violencia contra la mujer*. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. Ref. E/CN.4/2004/66

12

Véase, *inter alia*, Williams, Kimberlé Crenshaw. “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”. En Martha Albertson Fineman, Rixanne Mykitiuk (Eds.) *The Public Nature of Private Violence*. Nueva York. Routledge. 1994. pp. 93-118.

13

Informe *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. Violencia contra la mujer*. Ref. E/CN.4/2003/75,



los primeros documentos de Naciones Unidas, en los cuáles se reconocía la existencia de una violencia que afectaba desproporcionadamente a las mujeres en el ámbito familiar. Este hecho supuso que se hablara sólo de violencia doméstica y familiar, identificando este concepto con el de violencia contra las mujeres. Se crea así una problemática confusión conceptual que obvia muchos de los caracteres de la segunda y que impiden el acceso a los instrumentos jurídicos creados para combatirla a mujeres que enfrentan situaciones de violencia distintas de la primera.

La Relatora es concluyente respecto al concepto. La definición establecida en el artículo primero de la Declaración, según la cual “por «violencia contra la mujer» se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”, dispone que esta violencia se dirige contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Su especificidad, por tanto, no radica en el ámbito en el que se ejerce, ni la persona que la ejerce. La Relatora incide en esta cuestión afirmando incluso que estamos ante una violencia sexista” (informe 2003/75¹³, pág. 1). Importa su consideración como resultado de relaciones de poder históricamente desiguales, su carácter estructural y sistémico dirigida contra las mujeres. Estos rasgos no pueden ser obviados por los ordenamientos jurídicos que pretendan crear mecanismos para erradicar esta violación de derechos.

El informe 1996/53 sobre la violencia contra las mujeres en el hogar contiene los criterios interpretativos acerca del concepto de violencia contra las mujeres. Si se habla de violencia en la familia, insta a que “en toda definición de la violencia familiar se incluya una definición paralela del concepto de familia”¹⁴. No obstante,

Unidas intenta la necesaria revisión de conceptos cercanos a los derechos humanos en este sentido, a través de una reinterpretación de la tortura.

a

La especificidad de la violencia contra las mujeres

El concepto de este tipo de violencia es todavía hoy motivo de discusión y posiciones encontradas. Tras la aprobación de la Declaración en 1993, el sistema de Naciones Unidas estableció una de las definiciones más consensuadas y utilizadas. Muchos países, como es el caso del Estado español, han configurado sus ordenamientos jurídicos acorde a la misma. No en vano, la Relatora se refiere a la Declaración como “el primer conjunto verdadero de normas internacionales que tratan específicamente este problema” (Informe Preliminar, párrafo 96). El proceso de creación del marco de referencia para la eliminación de la violencia contra las mujeres se inicia con

14

La Relatora afirma que “rara vez sucede, negándose así la realidad de las mujeres cuyas experiencias no coinciden con las categorías tradicionales de familia” (Informe 1996/53, párrafo 24). Este reconocimiento de realidades heterogéneas escapa de los ordenamientos jurídicos, pero la Relatora, reconociendo la existencia de cruces de distintos sistemas de opresión introduce esta posibilidad, instando a que se proceda del mismo modo en los ordenamientos nacionales e internacional.



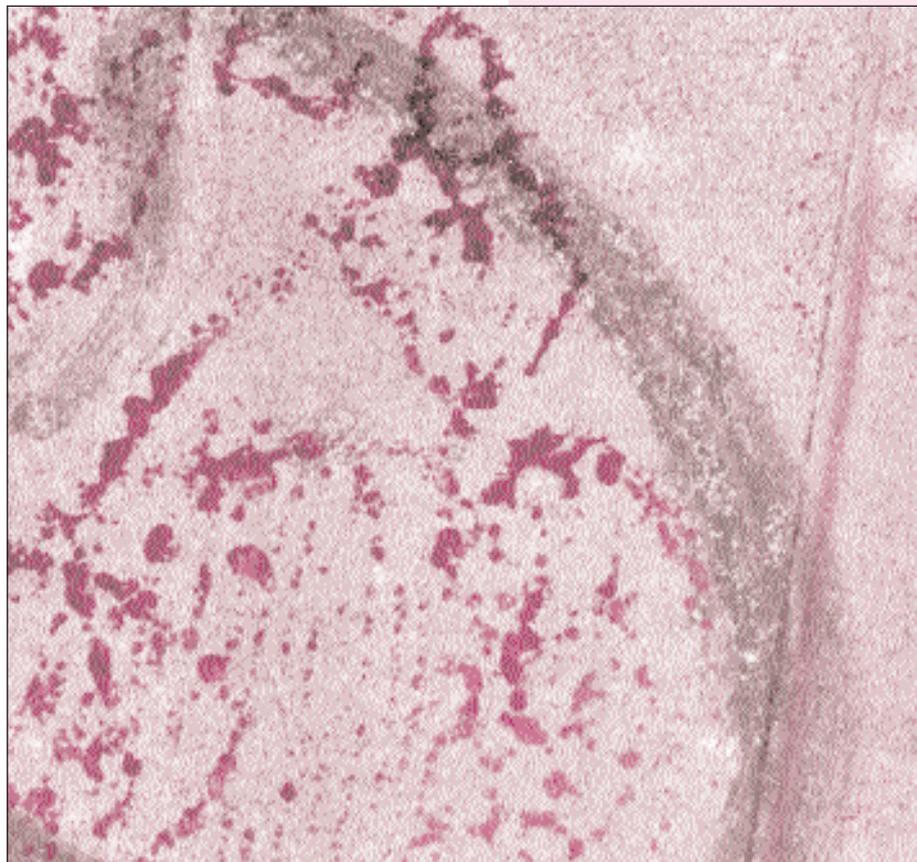
denuncia las implicaciones de la utilización del término violencia en el hogar, término neutro en cuanto al género cuya utilización supone negar los propios caracteres de la violencia. Afirma la Relatora que “[a]l calificar ciertas formas de violencia como violencia en el hogar, han surgido definiciones basadas en el concepto original de que se trata de actos privados que ocurren en el seno de la familia. Pero toda definición rígida de la violencia en el hogar, concentrada únicamente en personas privadas legitima la dicotomía entre lo público y lo privado” (Informe 1996/53, párrafo 26) y olvida el sujeto contra el que se ejerce.

Es cierto que este tipo de violencia es el origen de la regulación actualmente vigente en el derecho internacional. Tras la configuración del marco conceptual de referencia debe entenderse como uno de los tipos de violencia, junto al de violencia en la comunidad y violencia perpetrada y/o condonada por el Estado. Sin embargo, sigue siendo la categoría más problemática, especialmente porque si no se delimita acorde al sistema ONU, especialmente con la Declaración y la labor de la Relatora, pueden mantenerse viejas percepciones que impiden la adopción de medidas para su eliminación. La Relatora define la violencia contra las mujeres en la familia como “toda violencia cometida en el ámbito doméstico y que se dirige contra la mujer debido a su papel en ese ámbito, o bien la violencia dirigida en forma directa y negativa a la mujer en el ámbito doméstico” (Informe 1996/53, párrafo 28). Se acentúa la concreción de los sujetos sobre quienes se ejerce esta violencia, las mujeres.

b

El mantenimiento del sistema sexo/género y la violencia contra las mujeres

La Relatora aporta un análisis detallado de cada uno de los tipos de violencia a través de sendos informes. Su interpretación de la violencia radica en un entendimiento de la misma como producto de unas relaciones de su-



bordinación, derivadas del sistema sexo/género legitimado y reproducido a través de numerosas instancias, discursos y mecanismos sociales institucionalizados. La inclusión en los informes de estos orígenes supone el reconocimiento de una situación que debe revertir en el derecho. Todas las instancias a las que se refiere generan un sistema normativo concreto y controles informativos¹⁵ en los que la violencia se legitima. La Relatora afirma que “[e]l principio básico del sistema patriarcal (reitero, sistema sexo/género) representa una convergencia de culturas en que la violencia o la amenaza de violencia se ha utilizado como mecanismo legítimo para aplicar y mantener ese sistema de dominación” (Informe 2004/66, párrafo 35). Los ordenamientos jurídicos y el propio sistema de derechos humanos deben incorporar esta perspectiva para luchar contra la mencionada violencia.

La introducción de estos elementos en la interpretación de la violencia contra las mujeres pueden evitar los acercamientos fragmentarios y puede ampliar la responsabilidad estatal en la

15

La Relatora llama nuevos sistemas de “normatividad” a “las prácticas culturales e ideológicas que violan los derechos de la mujer” (Informe 2003/75, párrafo 83), cuya legitimidad se deriva de la cultura y la religión (Informe 2004/66, párrafo 38).

16

Véase Informe “Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Otros criterios y medios que ofrece el sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión. Ref. E/CN.4/1998/54.



lucha contra la misma. El Derecho, las normas jurídicas, deben configurarse para hacer frente a esta violación de los derechos humanos, especialmente el derecho internacional de los derechos humanos. Pero no sólo articulando los mecanismos jurídicos existentes, sino atendiendo a la especificidad de esta violencia y el sistema sexo/género que la legitima y reproduce. Cada tipo de actos incluido en las categorías fijadas en la Declaración necesita una respuesta jurídica concreta, sin obviar por ello los rasgos generales que la definen, porque de lo contrario no se estará haciendo frente a la misma. Por esta razón es tan relevante la labor conceptual de la Relatora; porque en sus informes se parte de una concepción que no olvida sus caracteres y que permite enfrentarse a los sistemas simbólicos y aquellos que de *facto* la originan.

Un caso paradigmático de violencia institucional con los caracteres descritos es el control de la sexualidad de las mujeres. La Relatora entiende que “el poder masculino, como mecanismo social institucionalizado, se utiliza para controlar la sexualidad y la capacidad reproductiva de la mujer” (Informe 2004/66, párrafo 35). Con estas afirmaciones, equipara las cuestiones acerca de las relaciones de poder y las relativas a la sexualidad femenina. La regulación de la conducta sexual de las mujeres, a través de la violencia como instrumento regulador o respuesta punitiva a su quebranto, se convierte en causa de la violencia y, en este mismo sentido, formas de “violencia que representan una agresión a la misma sexualidad” (Informe Preliminar, párrafo 58). Es interesante evaluarlos. Existen actos concretos que deben entenderse como tipos de violencia contra las mujeres por su carácter sexuado, para distinguirlos de aquellos actos de violencia general.

C
La violencia contra las mujeres como un acto de tortura.

Nuevas perspectivas en derechos humanos

La distinción entre la existencia de esta violencia y aquella que no responde a las mismas causas en ocasiones es complicada. No obstante, es necesario distinguirlos para hacer frente a su eliminación. La Relatora ejemplifica esta distinción a través de un análisis del supuesto concreto de violencia contra las mujeres detenidas, mediante la constatación de algunos sucesos de los que ha sido informada. Advierte cómo los actos de violencia a la que se enfrentan las mujeres detenidas, en ocasiones, “no tienen una orientación sexual” (Informe 1998/54¹⁶, párrafo 129), no siendo ésta la tónica general en cuanto que existen muchos otros tipos en los que se tiene en cuenta el género o se “utilizan sobre la base de su percepción las diferencias entre hombres y mujeres” (ibid). Está exigiendo con esta afirmación que exista esta concreción en su origen para que pueda entenderse como violencia contra las mujeres. Esta ejemplificación de “sexualización de la tortura”, mediante de la concreción de los actos que ocurren, delimita los elementos clave del concepto.

Es sumamente interesante la distinción que denuncia la Relatora en este informe de cómo la violencia sexual ejercida contra las mujeres detenidas no se ha considerado tortura en la medida en la que debería haberse hecho, pero sí se considera tortura psicológica la que se ejerce contra los varones que se ven obligados a asistir a actos de violación o violencia ejercidos contra y en los cuerpos de las mujeres. Esta inexplicable distinción responde a discursos, incluso jurídicos, en los que la violencia ejercida contra las mujeres es considerada contraria a derecho sólo en aquellos supuestos en los que se entiende afectado el “honor” de los varones relacionados, de alguna forma, con la mujer en situación de violencia (Informe 1998/54, párrafo 130). Una clara aplicación práctica de la masculinización del derecho. Son estos supuestos de-

nunciados por la Relatora los que conforman y refuerzan los elementos sobre los que interpreta el concepto establecido en la Declaración, con la inclusión de sus causas y consecuencias. Esta inclusión permite la introducción y el mantenimiento en el sistema internacional de derechos humanos de los aspectos clave para la erradicación de la violencia.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La creación de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, supuso una mayor integración de los derechos humanos de las mujeres y la perspectiva de género en el sistema general de derechos. A pesar de la falta de fuerza vinculante de sus informes, éstos se han convertido en auténticos instrumentos de denuncia de las violaciones y reivindicación de derechos. La Relatora es una interlocutora válida que interpela a los Estados y las demás organizaciones, a partir del reconocimiento de la violencia como una violación de los derechos humanos en la Declaración de 1993.

Su labor aporta las contribuciones más notables al marco de referencia conceptual, reforzándolo y reconfigurándolo, atendiendo a las circunstancias sociales que generan nuevas formas de violencia. Ha acentuado los caracteres definitorios de la violencia contra las mujeres y ha advertido nuevas interpretaciones y formas de esta violencia. Su dinamismo posibilita la vigencia de las normas internacionales de derechos humanos y las mantiene en la agenda internacional. Contraria a cualquier interpretación restrictiva de las mismas, su accesibilidad garantiza la integración de los derechos humanos de las mujeres. Es necesario tomar en consideración sus aportaciones para poder desarrollar políticas y medidas encaminadas a erradicar esta violencia, porque con ellas se produce una reconfiguración del marco conceptual en esta dirección. Sentido que inspira cada uno de sus informes.

DERECHO ESPAÑOL

**La carga
de la prueba
en el proceso
social en la
Ley Orgánica
3/2007**

POR JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Un grave problema del proceso social consiste en la dificultad con la que frecuentemente se encuentran las personas trabajadoras para hacer valer sus derechos debido a la imposibilidad o dificultad de acreditar los hechos sustentadores de su pretensión. Esta cuestión conecta con uno de los problemas esenciales del Derecho del trabajo: su inaplicación. No se trata solamente de la denominada “huida del Derecho del trabajo” sino de aquellos supuestos en los que, aunque se suscribe un contrato de trabajo, la relación laboral vive y se desarrolla al margen de las propias normas laborales. Muchas relaciones laborales tienden a desarrollarse al margen de las concretas normas jurídicas teóricamente aplicables, especialmente en el sector de servicios y en la pequeña y mediana empresa, que son mayoritarios en este país. Cuestiones esenciales del Derecho laboral como la jornada de trabajo, las categorías profesionales o el salario, presentan frecuentemente una asincronía entre el marco normativo y la realidad de las cosas. Y, entre otros factores que motivan este divorcio entre el mundo real y el de las normas, uno de ellos radica en la dificultad de hacer valer los derechos de las personas trabajadoras en los litigios por la dificultad de acreditar los hechos sustentadores de sus pretensiones.

En algunas ocasiones los Jueces y Juezas de lo Social, conscientes de la posición precaria de la persona trabajadora y de la dificultad que tiene para hacer valer sus derechos, apuran los mecanismos de fijación de hechos. Es lícito modular la exigencia del rigor probatorio en atención a la dificultad probatoria del litigio ¹. Para hacer frente a este problema se han establecido, en supuestos concretos, reglas probatorias especiales, con la finalidad de evitar que las conductas que más gravemente conculcan el ordenamiento (vulnerando los derechos fundamentales), queden impunes ².

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico no se presume la existencia de una conducta antijurídica: se parte de que la conducta de la ciudadanía es

conforme a derecho a menos de que se demuestre su antijuridicidad. Sin embargo, la jerarquía de determinados derechos: los derechos fundamentales, y la dificultad de acreditar su vulneración, con el consiguiente peligro de impunidad de las conductas lesivas de los derechos fundamentales, obliga a establecer mecanismos procesales que faciliten la acreditación de estas conductas y, en consecuencia, la sanción de las conductas discriminatorias por parte del ordenamiento jurídico, flexibilizando ³ la carga probatoria. Ahora bien, ni la LEC ni la LPL llegaban a presumir la existencia de un comportamiento antijurídico por el mero hecho de que otra persona denunciase la vulneración de derechos fundamentales porque en todo caso exigían que éste aportase indicios de la vulneración del derecho fundamental.

En esta situación se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). La LOI es una ley de cambio social: no se limita a introducir una institución novedosa, ni a modificar una institución preexistente, sino que pretende transformar la sociedad. Debido a ello, es una ley fuertemente intervencionista. En su art. 1.1 explica que pretende hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades “*en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural*”. Y es una ley que introduce una diferencia de trato entre la discriminación por razón de sexo (objeto de un tratamiento diferenciado) y las discriminaciones por otros factores constitucionalmente prohibidos, como la raza. No porque aquélla sea más reprochable que ésta, ya que merecen el mismo reproche antijurídico la discriminación por razón de raza que por razón de género, sino porque ésta afecta a un número mayor de personas.

La Exposición de Motivos y la disposición final 4^a de la LOI mencionan la Directiva 1976/207, reformada por la Directiva 2002/73 (refundida por la Directiva 2006/54), que imponía a los Estados miembros la obligación de introducir en sus legislaciones las

1

En cuanto a la graduación de la exigencia probatoria, Lord BROUGHAM argumentó, en defensa de la reina Carolina: “*las pruebas que se nos han presentado son insuficientes incluso para probar una deuda, impotentes para privar de un derecho civil, ridículas si se trata de probar una condena por la menor infracción, escandalosas si se producen para justificar una acusación grave, monstruosas si se las invoca para manchar el honor de una reina de Inglaterra*” cit. por GORPHE, F.: *Las resoluciones judiciales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 120.

2

Arts. 96 y 179.2 de la LPL.

3

GIL PLANA, J.: “La carga de la prueba en el proceso laboral tras la LECiv 1/2000”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005, p. 100. Como explica GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 209, se trata de reglas que pretenden facilitar la prueba de la discriminación.



disposiciones necesarias para que toda persona que considere que ha sido lesionada en materia de igualdad de trato en las condiciones de empleo y trabajo por razón de sexo, pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional; la Directiva 2004/113 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre sexos en el acceso a bienes y servicios; y la Directiva 97/80 regula la carga de la prueba en los casos de discriminación por sexo. Por tanto, la LOI hunde sus raíces en el Derecho Comunitario, que hace hincapié en la necesidad de luchar contra la discriminación por razón de género.

Como hemos indicado, antes de la LOI no existía propiamente una inversión de la carga de la prueba porque el auxilio probatorio para la persona trabajadora que impugnase una actuación empresarial vulneradora de sus derechos fundamentales consistía en que no se exigía una prueba plena, lo que, en muchos supuestos, hubiera supuesto una prueba diabólica, sino que debía acreditar únicamente la existencia de indicios razonables o principios de prueba o de un contexto de existencia de tal lesión, en cuyo caso incumbía al sujeto activo de la conducta lesiva la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión impugnada eran legítimos o, aunque no justificase su licitud, que eran razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales⁴. Se trata de evitar la imposición de la prueba diabólica de un hecho negativo, debiendo acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Sin embargo, la praxis forense demuestra que una vez que se probaba la existencia de indicios de una discriminación (por ejemplo, por la proximidad temporal entre el conocimiento por el empresario o empresaria de que la persona que trabaja había interpuesto una demanda contra él y el despido de esta persona), resultaba difícil la acreditación de que se trataba de una

conducta ajena a la vulneración de derechos fundamentales.

La cuestión sobre la que tenemos que pronunciarnos radica en si el art. 13 de la LOI ha dado un paso más, de forma que basta con que se alegue en un procedimiento social la existencia de una actuación discriminatoria, sin acreditar ningún indicio, incluso con orfandad absoluta de prueba por parte de la persona trabajadora que alega esta discriminación, para que opere lo que sí que sería una auténtica inversión de la carga de la prueba: se presume que ha existido un comportamiento antijurídico (discriminatorio por razón de sexo) por parte del contrario, a menos que éste demuestre un hecho jurídico negativo (la ausencia de discriminación). Es decir, si la LOI recoge una regla de inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, bastando con la alegación de discriminación por razón de género para trasladar a la contraparte la carga de probar que su conducta es conforme a derecho, o si se limita a introducir en la LEC y en la LRJCA la técnica de la prueba indiciaria.

Si la LOI contuviera una auténtica regla de inversión de la carga de la prueba, las consecuencias serían muy importantes. Significaría que bastaría con que las trabajadoras acudieran a juicio y manifestaran que su despido o la extinción de su contrato temporal por la alegada finalización de la causa de temporalidad (o cualquier otro pleito, por ejemplo, una reclamación contra la negativa a un ascenso) constituyen una discriminación por razón de sexo para que el empresario o empresaria tuviera que demostrar que la extinción es ajena al móvil discriminatorio, pudiendo llegarse a la conclusión de que en estos supuestos el despido solo podría ser procedente o nulo.

El art. 13 de la LOI establece:

1 *“De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se*

fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2

Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales”.

La disposición adicional quinta de esta norma legal añade un nuevo apartado al art. 217 de la LEC con la misma redacción, lo que conduce al absurdo de que una norma procesal tiene un precepto que afirma: *“de acuerdo con las leyes procesales”*. Y la disposición adicional sexta incorpora un nuevo apartado al art. 60 de la LRJCA con idéntica redacción. Sin embargo, la persona que legisla no ha incluido un precepto análogo en la LPL, a pesar de que los arts. 96 y 179.2 de la LPL contienen reglas especiales sobre carga de la prueba. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a concluir que, como quiera que la LEC es de aplicación supletoria respecto de la LPL y no concurre el vacío legal que permite la aplicación supletoria de una norma, no es dable aplicar el nuevo art. 217.5 de la LEC al proceso social⁵. En cualquier caso, no ofrece duda la aplicación al proceso social del art. 13 de la LOI, aunque resulta criticable la inserción de normas procesales en textos legales que no tienen esa naturaleza⁶, rompiendo la deseable unidad de normas procesales sociales en un solo texto legal: la LPL. Ahora bien, este precepto comienza diciendo: *“de acuerdo con las leyes procesales”*, lo que condiciona su aplicación a lo dispuesto en éstas, y la LPL, en esta materia, sigue exigiendo los indicios.

Los arts. 96 y 179.2 de la LPL hacen referencia a los indicios de discriminación o de violación de la libertad sindical, respectivamente, lo que ha sido interpretado por el TC



en el sentido de que es necesario que la persona trabajadora aporte “*un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justi-*

4

Como explica la doctrina científica, sólo desde una perspectiva amplia podía hablarse de una inversión de la carga de la prueba en estos supuestos: MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 99.

5

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Despido y «móvil discriminatorio»: garantías, sustantiva y procesal, tras la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, *AL*, núm. 14, 2007, p. 1.671.

6

Lo mismo acontece con el Estatuto del Trabajador Autónomo, que incluye normas procesales en un texto sustantivo.

7

Sentencias del TC 29/2002, 11 de febrero, F.5; 30/2002, 11 de febrero, F.3; 17/2003, de 30 de enero, F.4; 342/2006, 11 de diciembre, F.4 y 17/2007, 12-2, F.3, entre otras muchas.

8

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Despido y «móvil discriminatorio...»”, *AL*, núm. 14, 2007, p. 1.679.

9

En cursiva en el original.

10

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Despido y «móvil discriminatorio...»”, *AL* núm. 14, 2007, p. 1.680.

11

MOLINA NAVARRETE, C.: “El impacto laboral de la «Ley de Igualdad de Sexos»: lo que queda después de vender el «humo político»”, *Centro de Estudios Financieros. Trabajo y Seguridad Social*, núm. 290, 2007, pp. 127 y 128.

12

ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007)”, *AS*, núm. 5, 2007, p. 67. En el mismo sentido, QUINTANA PELLICER, J.: “Aspectos procesales de la Ley de Igualdad”, *Tribuna Social*, núm. 200-201, p. 39, sostiene que la normativa sobre inversión de la carga de la prueba del art. 13 de la LOI en nada altera el criterio que ya venía aplicándose en los tribunales de lo social.

ficar la decisión adoptada”⁷. Por consiguiente, no basta con una mera alegación de la parte procesal de que ha habido una violación de sus derechos fundamentales sino que debe probar la existencia de indicios de esta vulneración. En contra de una interpretación amplia de estos preceptos, en virtud de la cual baste la mera alegación de una infracción de derechos fundamentales para que se dicte una sentencia favorable a la calificación de discriminación, se ha argumentado que ello podría causar un efecto perjudicial contra el trabajador por una excesiva protección, que pudiera traducirse en un mayor obstáculo en su contratación⁸.

Parte de la doctrina científica ha interpretado el art. 13 de la LOI en el sentido de que no supone modificación alguna de la regla procesal existente en el art. 96 de la LPL, debiendo acreditarse los correspondientes indicios, haciendo hincapié en que esta norma exige que sus alegaciones se fundamenten⁹ en actuaciones discriminatorias, lo que, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, según el cual fundamentar es dar las razones de una cosa, debe entenderse en el sentido de que también en los supuestos de discriminación por razón de sexo la parte actora debe acreditar los hechos o indicios alegados, argumentando que una interpretación más amplia supondría otorgar a la discriminación por razón de sexo una garantía procesal extraordinaria o especial no justificable en relación con los otros supuestos de discriminación¹⁰. En el mismo sentido, se ha argumentado que esta solución es coherente con la normativa comunitaria¹¹.

Al respecto, debe indicarse que la LOI se caracteriza precisamente por otorgar un tratamiento especial a la discriminación por razón de sexo respecto de la discriminación por otros móviles (nacimiento, raza, religión, opinión...). Atendiendo a la entidad de esta situación discriminatoria, la persona que legisla ha establecido una pluralidad de normas sustantivas y procesales específicas para esta causa

de discriminación. Es cierto que ello ha conducido a la existencia de normas procesales especiales para esta concreta categoría de discriminación, pero se trata de una opción legislativa que no resulta contraria a la CE, que no impone un tratamiento idéntico para los diferentes tipos de comportamientos discriminatorios.

Otra fundada opinión doctrinal parte de que *prima facie*, conforme al tenor literal del art. 13 de la LOI, se desplaza a la persona demandada la carga probatoria, sin necesidad de que la persona demandante aporte indicios. Pero a continuación se plantea las dudas que suscita esta interpretación legal, concluyendo que al comenzar tanto el art. 13 de la LOI como el art. 217.5 de la LEC con el inciso: “*De acuerdo con las leyes procesales*”, se está salvando para el orden social el mecanismo específico de inversión probatoria que se infiere de los arts. 96 y 179.2 de la LPL, lo que supone que la situación permanece invariable¹².

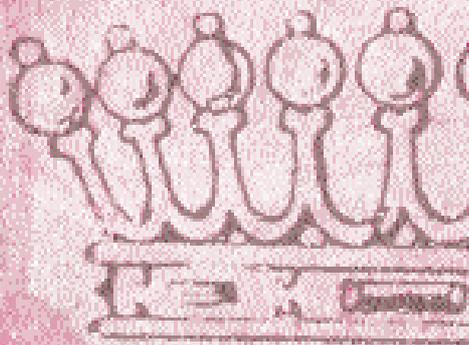
Lo cierto es que la redacción del texto legal se caracteriza por su oscuridad. A favor de esta interpretación puede argumentarse que la LOI no se ha olvidado de la LPL, puesto que dedica su disposición adicional decimotercera a introducir una pluralidad de modificaciones en la LPL. La LOI introduce en la LEC (art. 217) y en la LRJCA (art. 60), sendos preceptos idénticos a su art. 13. Pero no introduce ningún precepto análogo en la LPL, que ya regulaba el *onus probandi* en sus arts. 96 y 179.2. De ello cabe deducir que la *voluntas legis* no ha sido introducir una genuina inversión de la carga de la prueba que exima a la persona demandante de efectuar prueba alguna en relación con la discriminación alegada, bastando con la mera alegación de ésta, sino que la LOI ha extendido a los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo la regla especial sobre carga de la prueba en materia discriminatoria que ya existía en el orden social, que impone al actor la aportación de indicios de la conducta discriminatoria, cuya regulación no se ha visto afectada por este precepto.

Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo

D E R E C H O E S P A Ñ O L

POR MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ.

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



1

Doctrina ya reiterada del TC. Vid., por todas, S. 3/2007 de 15 de enero.

2

Como ya reconocieron las SSTC 128/87 de 16 de julio; 168/88 de 26 de septiembre; 145/91 de 1 de julio; 17/2003 de 30 de enero y, más recientemente, 154/06 de 22 de mayo y 214/06 de 3 de julio.

3

Para el TC, no sería necesario aportar en estos supuestos un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, y “lo que se compara «no son las personas», sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que algunos de ellos están formados mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso las mujeres“. Cfr. S. 3/2007 de 15 de enero.



1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El trabajo de la mujer ha sido tradicionalmente considerado como una actividad de segundo orden, como un refuerzo suplementario que venía a añadirse a la aportación económica principal a que quedaba sujeto, moral y socialmente, el trabajador padre de familia. De ahí que la escasa presencia de las mujeres en el mundo laboral durante generaciones fuera acompañada de un nivel inferior de garantías, llegando incluso a una ausencia prácticamente generalizada de derechos que producían el efecto de una “invisibilidad” del trabajo femenino en el ámbito de las relaciones de producción.

La discriminación respecto al trabajo era, pues, evidente sin que desde instancias públicas se adoptara medida alguna en el sentido de equiparar derechos y obligaciones entre trabajadores y trabajadoras. Antes al contrario: se propiciaba el retorno de la mujer casada al hogar, en una clara segmentación de roles, asignándole tareas típicas como el cuidado, crianza y educación de los hijos y la gestión y administración de los recursos familiares.

Pero es la creciente incorporación de la mujer al trabajo en los últimos años, como fenómeno espontáneo y vinculado a una mayor formación educativa y profesional, lo que ha llevado a los poderes públicos a adoptar ciertas medidas que, de algún modo, equilibran las diferencias obvias de tratamiento que por razón de género (no tanto de sexo, que designa desigualdades biológicas) subsistían tanto en el plano legislativo como en el de funcionamiento cotidiano de las relaciones laborales.

La Constitución española de 1978 supuso un punto de inflexión frente a estos nuevos planteamientos: la exigencia de articular un nuevo modelo de estado trajo consigo también la necesidad de fomentar, desde el máximo nivel normativo, la plena igualdad entre mujeres y hombres. Este

derecho, calificado asimismo como fundamental a pesar de su exclusión de tal apartado específico (se incardina en el Capítulo II dedicado a derechos y libertades, aunque esindudable su conexión material con los derechos de la Sección 1ª de dicho capítulo), ha sido el origen de numerosas decisiones públicas cuyo objetivo final es la equiparación de derechos entre sexos. El art. 14 se bifurca, así, en un doble contenido ¹: de un lado, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, configurada como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, al que los poderes públicos quedan sujetos en cuanto a su respeto y aplicación y que requiere que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas hayan de ser idénticas, de modo que, si se pretende introducir diferencias entre ellos, debe existir una justificación suficiente, fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas.

Junto a esa cláusula general, y en segundo término, el art. 14 recoge una prohibición de asignar un trato desigual en base a una serie de motivos o razones que claramente serían constitutivas de discriminación, entre ellas el sexo. Este solo motivo ² supone una prohibición de determinadas diferencias, muy arraigadas a lo largo de la historia, atribuibles tanto a la acción de los poderes públicos como a la práctica social, y que han colocado a ciertos sectores de la población más allá de una mera desventaja, llegando incluso a afectar a su propia dignidad.

Pues bien, de esta construcción doctrinal se deriva en la actualidad la interdicción de conferir un tratamiento peyorativo, degradante y de menor intensidad a las trabajadoras fundándose no sólo en la simple constatación de cuál es su género, sino en la apreciación de razones vinculadas directamente a este factor, como pudiera ser, a modo de ejemplo, el hecho biológico de la

maternidad y las repercusiones que a partir de esta circunstancia, se desencadenan, como la suspensión del contrato por descanso de la trabajadora y por lactancia del menor, permisos, reducción de jornada, excedencias, etc., derechos todos ellos que de forma gradual han quedado reconocidos en las sucesivas reformas laborales abordadas en nuestro país sobre todo en la última década.

Como primer punto de reflexión, la distinción entre discriminación directa y discriminación indirecta actúa en este sentido como código de conducta a la hora de evitar comportamientos no deseados y que han de ser eliminados de forma radical. La discriminación directa se manifiesta en modo palpable, con un trato menos favorable reconocido a una persona que se encuentra en situación comparable, fundado todo ello en el factor de género. La discriminación indirecta, por su parte, es mucho más sutil, pues se enmascara en una disposición o un comportamiento aparentemente neutro, que terminan colocando a una persona en posición desventajosa respecto a otra por razón también de género. A nadie se le oculta la escasa frecuencia con la que saldrá a la luz un comportamiento discriminatorio directo apoyado en algún sustrato legal, al ser una etapa ya superada en nuestro ordenamiento jurídico; en cambio, la discriminación indirecta sigue aún presente en nuestros días, pues se parte en ocasiones de una fase inicial de desigualdad todavía no resuelta, que un precepto neutro no haría sino intensificar ³. Tal constatación requiere seguir avanzando en la consecución de una igualdad no tanto formal o legal (empeño ya previsto en el Texto Constitucional), sino de una auténtica igualdad real en todos los ámbitos de la vida social.

Como es evidente, el art. 14 CE ha actuado en tanto que origen de todas las medidas puestas en marcha en este sentido, pero también fue máxima la influencia del acervo comunitario una vez que España ingresó en las Comunidades Europeas



en 1986. Ya por entonces se había desarrollado un primer Programa Comunitario (1982-1985), sobre promoción de la igualdad ⁴, que sirvió de sustento para la elaboración de sucesivos Planes de igualdad de oportunidades a nivel interno ⁵, auspiciados por el Instituto de la Mujer ⁶.

2. LA LENTA EVOLUCIÓN HACIA LA IGUALDAD

Este proceso hacia la consecución de la igualdad ha sido lento y con frecuencia se ha revelado como insuficiente, lo que ha determinado la combinación de políticas de igualdad con acciones positivas, dirigidas de manera frontal a luchar contra las discriminaciones a que han dado lugar decisiones adoptadas sin la suficiente reflexión y madurez ⁷.

Se ha hablado, así, de discriminación inversa o discriminación positiva, como una postura tendente a favorecer a un colectivo que se encuentra infra-representado en una esfera concreta o que presenta especiales dificultades para acceder a determinados bienes. De este modo, lo que en apariencia sería una conducta antidiscriminatoria, recibe otra valoración completamente diferente, otorgando un trato de favor a quienes padezcan esa postergación. Este tipo de medidas actúan, por tanto, más allá de lo que sería el mero principio de igualdad de oportunidades, el cual implica que todos los individuos, independientemente de su género, han de tener las mismas facilidades, y que una desigualdad sólo podría justificarse en función de un nivel de méritos dispar, pero sería una desigualdad admitida y objetiva, ya que el punto de partida habría sido el de garantizar las mismas oportunidades para todos. Si el principio de igualdad no garantiza por sí solo los objetivos planificados, habrá que completarlo, aun a costa de que genere un cierto rechazo social, con el recurso a medidas de acción positiva, dirigidas fundamentalmente a la eliminación de obstáculos que impiden esa igualdad entre mujeres y hombres, es decir, y trasladando esta tesis al entorno de las rela-

ciones laborales, si el acceso al mercado laboral está abierto a todos, mujeres y hombres, pero en su funcionamiento diario se detectan fallos que, en último término, postergan la posición de la mujer, tanto en el momento inicial de la contratación como en el disfrute de condiciones laborales (de modo señalado, salariales) o en la prestación de la propia actividad, que requiere una coordinación con las responsabilidades familiares, legítimo será arbitrar las medidas precisas para que esa desigualdad de partida llegue a un equilibrio donde las mujeres no se posicionen en una situación de desventaja permanente.

A tal fin, se exige la colaboración imprescindible de otro de los protagonistas en el marco de las relaciones de trabajo: el empresario o empresaria. La aprobación de disposiciones progresistas que coloquen en el centro de atención a la mujer no será en modo alguno efectiva si las personas directamente responsables de conferir un trato digno e igualitario a las trabajadoras mantienen su preferencia por los trabajadores varones. De ahí que medidas tan directas como la concesión de subvenciones económicas o de bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, orientadas a la contratación de trabajadoras en aquellos sectores en los que se encuentran menos representadas, se revele como una de las mejores prácticas para el logro de la igualdad de oportunidades, o la obligación dirigida al empresario o empresaria de contratar de modo exclusivo mujeres hasta alcanzar la paridad y que la presencia en esa actividad esté compensada, si bien sería ésta una medida, hasta cierto punto, de “presión”, en donde podría cuestionarse la libertad de actuación empresarial.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En la actualidad, la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de género en el acceso al empleo



⁴ Al que dieron paso, a continuación, el 2º Programa (1986-1990) sobre acceso de la mujer a puestos de responsabilidad en las empresas; el 3º (1991-1995) sobre igualdad en la participación política, el 4º (1996-2000) sobre conciliación de la vida familiar y laboral y entrada de la mujer en la dirección de las organizaciones sindicales, y el 5º (2001-2005) para promover y difundir valores y políticas en los que se basa la igualdad y potenciar la capacidad de los agentes sociales para promover eficazmente la igualdad entre mujeres y hombres.

⁵ Con vigencia, respectivamente, de 1988 a 1990; 1993-1995; 1997-2000 y 2003-2006, y con objetivos claramente diferenciados, a medida que se fueron consolidando los avances propuestos: modificaciones legislativas internas, para adaptar la normativa española a las Directivas europeas, actuando de modo prioritario en el logro de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación, promoción profesional y condiciones de trabajo, concesión de permisos de maternidad y paternidad, etc., para evolucionar más tarde hacia la defensa del empleo de las mujeres y el desempeño de puestos de responsabilidad, y de un impulso de políticas de igualdad de oportunidades favoreciendo la participación femenina en todos los ámbitos de la vida social y en la toma de decisiones, finalizando, por último, con la aplicación del principio de *mainstreaming*, introduciendo la igualdad de oportunidades en todas las políticas y acciones emprendidas a nivel comunitario y en cada estado miembro.

⁶ Creado por Ley 16/83 24 de octubre, con el fin de actuar de enlace entre los distintos departamentos ministeriales en cuanto a la creación de políticas antidiscriminatorias.

⁷ El concepto de discriminación indirecta fue elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a raíz del enjuiciamiento de varios casos sobre trabajo a tiempo parcial de trabajadoras, o de corta vinculación con la empresa, en donde se valora negativamente la aplicación de una medida nacional que, aunque formulada de manera neutra, perjudica a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, salvo que concurran factores objetivos externos a cualquier voluntad



o una vez empleado se recoge en los arts. 4.2 c) y 17.1 ET ⁸, tras la reforma operada por ley 62/2003 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. El ET reconoce, no en tanto que derecho básico de los trabajadores y trabajadoras del apartado 4.1, sino como derecho que surge de la relación de trabajo, el de no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados, por distintos motivos, entre ellos el sexo ⁹. Tal derecho, que actúa como obligación para el empresario o empresaria, al ser la contraparte en la relación de trabajo, se extiende también a las agencias de colocación sin fines lucrativos (art. 16.2 ET), que deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso a un puesto de trabajo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de sexo.

Como cláusula genérica de salvaguarda, además, el ET efectúa un reconocimiento amplio y excesivamente diversificado, pero eficaz en sus resultados, al declarar la nulidad de cualquier precepto reglamentario, cláusula de convenio colectivo, pacto individual entre empresario o empresaria y trabajador o trabajadora, o decisión unilateral impuesta a criterio del empresario o empresaria que contengan discriminaciones directas o indirectas favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo. Nótese que una discriminación favorable podría ser constitutiva de una acción positiva dirigida a eliminar una diferencia de trato por razón de género no justificable. Pero parece que este art. 17 sólo ampara aquellas decisiones integradas dentro de una política global de igualdad, y no dentro de la capacidad autoorganizativa o de autonomía de la voluntad que se viene reconociendo al empresario o empresaria, en cuanto titular del centro de trabajo. Ello viene corroborado en el párrafo 3 cuando, en tanto que excepción al criterio general, se admite que el gobierno regule medidas de

preferencia en el empleo a fin de facilitar la colocación de personas trabajadoras desempleadas. Del mismo modo, se prevé la concesión de subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores y trabajadoras que encuentren dificultades especiales para acceder a un puesto de trabajo. Es aquí donde el recurso a las medidas de acción positiva adquiere una dimensión legal expresa, si las circunstancias del momento así lo aconsejan, y contando para ello con el previo parecer de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, bajo la forma de consulta. Como un paso más, el actual art. 17.4 ¹⁰ permite a la negociación colectiva establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de la mujer a todas las profesiones, reconociendo un trato de favor a la hora de articular reservas y preferencias en las condiciones de contratación tendentes a favorecer la presencia de trabajadoras en aquellas categorías profesionales con menor representación.

La protección a las trabajadoras se extiende, asimismo, al plano del ejercicio de acciones dirigidas a obtener la satisfacción de su derecho. Si la trabajadora ha reclamado ante el empresario el reconocimiento de alguno de los derechos que estima le corresponden en materia de igualdad de trato o no discriminación o ha hecho uso de la vía judicial en tal sentido, cualquier trato desfavorable que a partir de ahí pudiera derivarse, bajo la forma de represalia o reacción contraria del empresario, caería en sanción de nulidad ¹¹. Es una garantía de indemnidad que actúa siempre a favor de cualquier persona trabajadora que decide exigir el cumplimiento de los compromisos contractuales y que, en el caso de las trabajadoras, adquiere una dimensión mayor, por cuanto el factor de género puede erigirse como elemento prevalente de decisiones empresariales contrarias al principio de igualdad de trato y no discriminación, a veces encubiertas, incluso, bajo la apariencia de no respeto por parte de la trabaja-

discriminadora. Vid., entre otras, STJCE 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez, en que el Tribunal declara la inexigibilidad de “aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta... que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas”. Con posterioridad, las Directivas 2000/43/CE 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco legal para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, recogen ya ambas definiciones, plasmándose su transposición en las Leyes 51/2003 de 2 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad y 62/2003 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Como última fase, las Directivas 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002 y 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 siguen manteniendo la misma concepción sobre estas dos vertientes de la discriminación.

8

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

9

Obsérvese que el ET utiliza sistemáticamente el término “sexo” como criterio biológico, en consonancia con el art. 14 CE, en lugar del más adecuado de “género”, incluido a partir de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

10

Apartado introducido por la LO 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

11

Este art. 17.2 incluye, tras la LO 3/2007 de 22 de marzo, la extensión de la nulidad a cualquier orden de discriminar al/la trabajador/a y el recurso a instancias no sólo judiciales, sino también administrativas.



dora a los principios que informan el vínculo contractual.

En cuanto a las condiciones de trabajo, varios son los preceptos del ET en los que se insiste especialmente en el igual trato que ha de reconocerse a trabajadores y trabajadoras. Tal es el caso del art. 22.4, en el que, a la hora de fijar los criterios definitorios de las categorías y grupos profesionales, se contienen las reglas sin distinción de sexos; o el art. 24.2, sobre establecimiento de principios a los que han de acomodarse los ascensos, que se regirán por reglas comunes para trabajadores de uno y otro sexo o, finalmente, el art. 28, que contempla la igualdad de remuneración por razón de sexo, atribuyendo al empresario o empresaria la obligación de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, sin discriminación por razón de sexo en ninguno de sus componentes ¹².

Por lo que se refiere al papel que cumple la autonomía colectiva en este punto, es cierto que existen variados ejemplos de cómo los convenios colectivos tanto sectoriales como de ámbito empresarial ¹³ incluyen cláusulas antidiscriminatorias ¹⁴, pero su resultado no ha sido uniforme, pues es frecuente que se traduzcan en una mera declaración de principios ¹⁵ y que a lo largo de su contenido aparezcan discriminaciones de distinto tipo no percibidas por las partes negociadoras ¹⁶. Es de destacar la presencia en algunos convenios de una comisión de igualdad de oportunidades, encargada de vigilar el cumplimiento de cualquier compromiso al que se haya llegado sobre la base de la no discriminación y que cumpliría el fundamental cometido de alertar sobre la existencia de cualquier conducta discriminatoria, al objeto de que se puedan articular los instrumentos pertinentes para su eliminación ¹⁷. En otros casos, la ausencia de esa comisión es suplida por la propia comisión paritaria del convenio, encargada de velar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes negociadoras y de interpretar cualquier discrepancia en cuanto al

sentido de sus cláusulas, a quien le tendrán que ser expresamente encomendadas. Como alternativa, y sin olvidar nunca la competencia genérica que se atribuye a las personas representantes de los trabajadores y trabajadoras en cuanto a la defensa de derechos que a éstos les corresponde, en materia de negociación colectiva puede conferirse específicamente mediante cláusula convencional dicha función al comité de empresa o delegados de personal, e incluso a las representaciones sindicales, que actuarán con especial dedicación sobre los trabajadores y trabajadoras que se encuentren afiliados a ese sindicato. A tal objeto, la empresa podrá mantener reuniones periódicas con los representantes del colectivo laboral, con una frecuencia similar a la que marca el art. 64 ET, es decir, trimestral, para examinar el grado de cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el marco de la empresa ¹⁸.

4. LA LEY DE IGUALDAD: UN HITO HISTÓRICO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS TRABAJADORAS

La aprobación de la LO 3/2007 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIE), ha abierto nuevas expectativas en la carrera de fondo en pro de la consecución de una auténtica igualdad de género. Como toda ley, en su Exposición de Motivos justifica las razones de por qué se ha elaborado una norma de estas características y ofrece una argumentación sobre las metas que se propone alcanzar. Con fundamento en el art. 14 CE, piedra angular sobre la que se sustenta, y haciendo referencia a la órbita comunitaria e internacional en la que nuestro país se inserta, haciéndose partícipe de ello a través de la aplicación de la normativa específica sobre la materia, la Ley hace balance de lo actuado hasta ahora en materia de lucha por la igualdad y propone cuáles habrán de ser los objetivos perseguidos: sobre la base de una igualdad formal, reconocida ya de plano a nivel legislativo,



12

La Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 insiste en su art. 4 en esta prohibición de discriminación, garantizando la igualdad de retribución y los criterios comunes en la utilización de un sistema de clasificación profesional.

13

Son, precisamente los convenios sectoriales de ámbito estatal los que mayores oportunidades ofrecen para incluir en su seno algunas de estas menciones; en cambio, y hasta ahora, los convenios de empresa o ámbito inferior han encontrado más obstáculos para hacer efectivo dicho principio, al ser más reducido su espacio de actuación.

14

Incluso abarcando de forma global a la totalidad de condiciones de trabajo, que se aplicarán en la misma medida a trabajadores de uno y otro sexo sin lugar para la discriminación. Vid. Res. 9 de mayo de 2006 de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del XVI Convenio colectivo de Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. y su personal de tierra, art. 14.1 (BOE 6 de junio).

15

Así lo recoge expresamente la Res. 26 de julio de 2006 de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del I Convenio colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentos, S.A., en su art. 61.

16

A pesar de que en muchos de ellos el respeto a la dignidad humana y el principio de igualdad y no discriminación se erigen como base de la convivencia social que ha de estar presente en todo momento en el ámbito laboral. Vid. Res. 4 de mayo de 2006 de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del III Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las Administraciones de loterías.



17

Estas comisiones no se limitan a una pura tarea de vigilancia y control del cumplimiento de los acuerdos a los que se ha llegado, sino que desempeñan un activo papel en cuanto a la propuesta y promoción de medidas de acción positiva, de igualdad de oportunidades, conciliación de la vida laboral y familiar y protección de la dignidad de los trabajadores y trabajadoras que puedan redundar en una mejora de las condiciones de trabajo del colectivo femenino, así como recibir información sobre el grado de cumplimiento de las iniciativas aplicadas, emitiendo informes sobre el alcance de las cláusulas del convenio referentes a igualdad de oportunidades.

18

El actual art. 64.1 apartado 2, a pesar de su novedad, resulta claramente insuficiente pues sólo reconoce a los representantes el derecho a recibir información, al menos anualmente, sobre la aplicación en la empresa del principio de igualdad de trato y de oportunidades y sobre las medidas que se hayan adoptado para fomentar su cumplimiento, entre ellas la eventual existencia de un plan de igualdad. Por eso, y ante la falta de una previsión convencional expresa, únicamente cabría acudir al art. 64.9 a) ET, que encarga a los representantes legales la labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, así como de los pactos, condiciones y usos de empresa, aspecto de entre los cuales destacaría, como es lógico, la observancia del principio de no discriminación por razón de sexo, y que les habilitaría para emprender las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.

19

Por el contrario, una oferta de trabajo dirigida a uno de los sexos será, en principio, discriminatoria si se basa en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico. En los demás casos, si constituye un requisito profesional esencial y determinante en la actividad a desarrollar, podría admitirse esa preferencia de sexo (art. 22 bis párrafo 2 Ley 56/2003 de 16 de diciembre de Empleo, incluido por Disp. Adicional 17ª LOIE).

constata el fracaso de políticas anteriores que no han sido capaces de lograr una auténtica igualdad material entre mujeres y hombres. Temas pendientes como la violencia de género, la desigualdad salarial, la alta tasa de paro femenino, el “techo de cristal”, que ha impedido hasta ahora a las mujeres alcanzar cotas relevantes de responsabilidad en la vida política, social, cultural y económica, los problemas no resueltos sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la doble discriminación que afecta a ciertos colectivos de mujeres, se erigen como objetivo al que esta Ley habrá de dirigir su acción prioritaria.

Las buenas intenciones que en ella se contienen chocan con la realidad: es cierto que no se ha avanzado tanto, pero tampoco se pueden reclamar grandes logros en espacios relativamente breves de tiempo. En los intentos normativos anteriores no se incorporaron metas inmediatas; por eso, ante esta nueva etapa que se inicia debemos ser realistas y reconocer que no nos hallamos ante propuestas a corto plazo, sino que es preciso ir fijando etapas y prioridades, y corrigiendo deficiencias a medida que se vayan observando. De ahí que en una ley con unos planteamientos tan amplios como los recogidos en la LOIE, haya que extraer esa misma conclusión: será más conveniente establecer diferentes velocidades en su articulado y ser conscientes de que no todo su contenido podrá ser alcanzado de forma inmediata y apresurada, sino que las medidas a adoptar han de articularse con la suficiente reflexión para que sean realmente efectivas. Desde luego, hay un primer aspecto positivo, y es que se tienen claros los objetivos finales a cumplir: prevenir las conductas discriminatorias e implementar políticas activas para alcanzar el principio de igualdad, todo ello combinado con un elemento que ya desde hace años se viene reclamando por parte de las instituciones comunitarias europeas, como es la dimensión transversal de la igualdad o *mainstreaming*, de manera que todas las políticas públicas en España, tanto a

nivel central como autonómico o local, queden sometidas a este principio.

Siguiendo con la línea de medidas anteriores, la ley marca como objetivo básico de su regulación el hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades, eliminando cualquier forma de discriminación sobre la mujer (art. 1.1). Para conseguirlo, se establecerán criterios de actuación dirigidos tanto a los poderes públicos como a sujetos privados, responsables también de que la desaparición de todo trato discriminatorio sobre la mujer sea una realidad.

El acceso al empleo viene garantizado en condiciones de igualdad (“se garantizará en los términos previstos en la normativa aplicable”, art. 5), con lo que está dando por hecho que esa regulación insuficiente deberá adaptarse a la mayor amplitud de miras de esta Ley, delimitando con claridad lo que constituye y lo que no constituye discriminación en la entrada al mercado de trabajo. Así, como diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo, entendida ésta como un requisito esencial y determinante, no habrá de ser valorada como un peor trato en el acceso al empleo, siempre que tal acto persiga un objeto legítimo y ese requisito exigido sea proporcionado (art. 5 párrafo 2) ¹⁴.

Es destacable el interés que afronta la Ley por aumentar la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo, como una de las premisas del principio de igualdad. Para su consecución será factor decisivo emprender acciones de mejora de la ocupabilidad y prolongar la permanencia en el empleo de las mujeres (art. 42.1). Sólo a través de una cualificación profesional y una adecuación a los perfiles requeridos por el mercado se podrá garantizar la efectividad de esas políticas de empleo. Los Programas de Inserción Laboral Activa, encaminados a tal fin, se extenderán a todos los niveles educativos, incluyendo Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios, y no tendrán en cuenta la edad de las mujeres a las que vayan dirigidos, aunque prioritariamente



tendrán como destinatarias a desempleadas que formen parte de colectivos específicos, o bien reservando para ello una determinada proporción de mujeres (art. 42.2).

En realidad, la igualdad de oportunidades no se limita únicamente a la incorporación al trabajo, sino que se extiende asimismo a la formación profesional, promoción profesional, condiciones de trabajo (incluyendo las salariales), causas de despido y el derecho de afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales (art. 5 párrafo 1). Para hacer efectivo este principio, se legitima el recurso por parte de los poderes públicos a la adopción de acciones positivas, meramente transitorias si fuera necesario, que se estimen razonables y proporcionadas en función del objetivo buscado en cada supuesto (art. 11.1). De forma complementaria, los Servicios Públicos de Empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos en la gestión de la intermediación laboral habrán de velar para evitar cualquier discriminación en el acceso al empleo. Si las personas que gestionan la intermediación hallaran algún elemento discriminatorio en una oferta de colocación, lo harán saber a quien la hubiera presentado para que se proceda a su corrección²⁰.

En orden a delimitar lo que sería discriminación directa o indirecta a la

que podría quedar expuesta una trabajadora, no se observa novedad alguna respecto a la definición contenida en el marco comunitario ya examinada con anterioridad (art. 6), si bien se recoge expresamente como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (art. 8).

Por último, y en línea con lo que viene siendo el contenido del art. 17.1 ET en cuanto a la nulidad de cualquier acto de contenido discriminatorio dirigido, en este caso, contra la trabajadora, se fija un sistema de reparaciones e indemnizaciones reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio que se haya ocasionado e incluso un conjunto de sanciones, disuasorio y que evite, con tintes preventivos, cualquier conducta discriminatoria (art. 10). Para hacer efectivo su derecho, toda trabajadora gozará del principio de indemnidad, ya previsto, como vimos, en el art. 17.1 párrafo 2 ET²¹, frente a cualquier trato adverso o efecto negativo al que pudiera quedar sometida por haber presentado queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso dirigido a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, recordando también, a estos efectos, que se aplica el principio de inversión de la carga de la prueba (art.

20

Art. 22 bis Ley 56/2003 de 16 de diciembre de Empleo, en versión introducida por la DA 17ª LOIE.

21

Y que la DA 13ª LOIE extiende a cualquier orden de discriminar surgida del empresario.

22

Norma que en su DA 11ª. Dos añade un nuevo párrafo 4 al art. 17 ET.

23

Aun no alcanzándose la cifra de 250 trabajadores o trabajadoras, el plan de igualdad deberá también elaborarse si así se ha previsto en convenio colectivo o como medida alternativa a una sanción impuesta por la autoridad laboral, si es que ésta se pronuncia favorablemente a dicha sustitución (art. 45 párrafos 3 y 4). Para el resto de empresas en las que no concorra alguno de estos supuestos, la articulación y aprobación del plan será voluntaria, siempre que se haya procedido previamente a consultar con los representantes legales (art. 45.5), pudiendo contar para ello, una vez que el gobierno proceda a su implantación, con el apoyo técnico necesario (art. 49).

24

Nueva redacción conferida al art. 85.2 ET por la DA 11ª. Dieciocho LOIE.

25

El incumplimiento de las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el ET o el convenio colectivo constituye infracción grave del empresario (art. 7 en su nuevo párrafo 13 RDLeg 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social, LISOS), pero la no elaboración o la falta de aplicación del plan o su aplicación no respetando de modo manifiesto sus términos constituiría ya falta muy grave (art. 8 en su nuevo apartado 17 LISOS)

26

Nuevo apartado 6 del art. 90 ET, establecido por DA 11ª. Diecinueve LOIE.

27

Art. 95.3 RDLeg 2/1995 de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

28

No obstante, algún centro de trabajo de la empresa puede beneficiarse de acciones especiales distintas a las que sean de aplicación genérica, si concurre causa justificada para ello (art. 46.3)



13), siendo el demandado el que deberá acreditar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

En lo que se refiere al papel complementario de la negociación colectiva, las carencias ya señaladas se intentarán colmar a partir de la LOIE²², con la inclusión de cláusulas en las que se incorporarán medidas de acción positiva que favorezcan el acceso de las mujeres a todas las profesiones. Decisiones como un porcentaje de reserva de puestos o la preferencia a la hora de contratar mujeres podrán ser acordadas en el ámbito de la autonomía colectiva para, partiendo de una misma idoneidad de candidatos, decantarse de modo prioritario por personas del sexo menos representado en una determinada categoría o grupo profesional. De manera extensiva, este mismo criterio podría aplicarse a las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, manteniendo esa preferencia hacia el colectivo más desfavorecido.

5. LOS PLANES DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS

Mención aparte merece la previsión que contempla la LOIE sobre los planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad. Atendiendo a la obligación que recae sobre las empresas de fomentar ese principio de igualdad de oportunidades y de conferir un trato de igualdad a trabajadores y trabajadoras, consecuencia derivada de ello es la adopción de medidas de protección, que eviten cualquier forma de discriminación laboral por motivos de género y que deberán ser acordadas a través de la negociación colectiva o, en su caso, a través de un pacto con las personas representantes del colectivo laboral. El convenio colectivo se convierte, en este sentido, en un soporte sobre el cual se podrán acordar medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y en vehículo para que, directamente y a través de

la negociación, los interlocutores e interlocutoras sociales adopten de mutuo acuerdo pactos para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo por razón de género (art. 43). Pero también el convenio será la cobertura jurídica que ampare los futuros planes de igualdad, contemplados como un “plus igualitario”, en aquellas empresas de más de 250 trabajadores, en las que, por su propia dimensión, podrían surgir, en teoría, mayores incumplimientos en la prohibición de discriminar y en las cuales, al mismo tiempo, se dispone de medios solventes para actuar preventivamente evitando su aparición²³.

La adopción de estos planes será diferente atendiendo al ámbito funcional del convenio²⁴: si es un convenio de empresa, el deber de negociar el plan se formalizará en el propio marco de negociación de ese convenio; en cambio, y tratándose de un convenio supraempresarial, el deber de concertar el plan se someterá a la acción negociadora desarrollada en cada empresa, siguiendo a tal fin las indicaciones que marque el convenio, que actuará como norma complementaria respecto del acuerdo de empresa²⁵. Es de destacar el peso específico que se atribuye a partir de ahora a la autoridad laboral, que velará siempre por el respeto al principio de igualdad contenido en los convenios colectivos en los que pudieran encontrarse discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo. Para su verificación, podrá requerirse el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los organismos de igualdad de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito territorial correspondiente. En el supuesto de que la autoridad laboral hubiera acudido ante el orden jurisdiccional por entender la presencia en el convenio de cláusulas discriminatorias, lo pondrá, asimismo, en conocimiento de dichos organismos²⁶, sin perjuicio de que el propio órgano jurisdiccional pueda recabar dic-

tamen de los organismos públicos competentes²⁷. La autoridad laboral intervendría, así, con antelación respecto al juez o jueza o tribunal actuante, de manera que, si éste solicita informe razonado a los citados organismos, éstos dispondrían ya de los suficientes elementos de juicio para elaborar el pertinente dictamen.

Para diseñar un plan que, en principio, es de aplicación en la totalidad de la empresa²⁸, se debe haber efectuado una valoración previa de cuál es el nivel de aplicación del principio de igualdad (“diagnosis” lo denomina el art. 46.1 LOIE) y, a partir de ahí, se habrán de mencionar de forma específica los objetivos de igualdad a alcanzar, cuál será la estrategia a seguir y qué sistema de evaluación y seguimiento se pondrá en marcha. Entre las medidas a incluir dentro del plan, el art. 46.2, entendemos que de modo ejemplificativo y nunca como cláusula cerrada, recoge el acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y prevención del acoso, tanto sexual como por razón de sexo. A este plan tendrán acceso, en tanto que reconocimiento específico, además de los representantes legales, los propios trabajadores y trabajadoras interesados, que podrán requerir información sobre su contenido y sobre la consecución de sus objetivos (art. 47). Lo que se pretende es, sin duda, que la igualdad esté presente en la vida cotidiana de las empresas, que los más interesados en su consecución, como son los trabajadores y trabajadoras, conozcan los pasos que se propone dar la empresa y que posean un nivel de conocimientos adecuados acerca de los derechos que en el ámbito de la igualdad les vienen reconocidos en la LOIE. Todos ellos tendrán su cuota de responsabilidad en la tarea de lograr el cumplimiento de una ley que constituye un avance indudable en la sociedad española.

El permiso de lactancia, las últimas reformas y el estado de la cuestión[□]

POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,
Sala de lo Social.

I. EL PERMISO DE LACTANCIA, DE DONDE VENIMOS, EN DONDE ESTAMOS AHORA Y HACIA DONDE QUEREMOS IR

Nuestro derecho reconoció el permiso de lactancia en los mismos albores de la legislación social, en la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre protección de la mujer y el niño y la niña en el trabajo –en su artículo 9.2–, vinculándolo, como poco después se confirmó en la normativa internacional –en el Convenio 3 OIT de 29.11.1999, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto–, al amamantamiento del ser recién nacido, lo cual suponía la titularidad exclusivamente femenina del permiso de lactancia, una vinculación mantenida en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 –en su artículo 168–, y en la normativa internacional –en el Convenio 103 OIT de 28.6.1952, relativo a la protección de la maternidad–.

La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales –artículo 25.5–, y la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores –artículo 37.4–, seguían manteniendo la titularidad femenina, aunque al no hablar de amamantamiento, sino de lactancia de un hijo o hija menor de 9 meses, posibilitaron la inclusión de la lactancia artificial –desde la STCT de 9.4.1978, RTCT 1978 2008–, dejando abierta la cuestión de si esa titularidad femenina era acorde con el principio de igualdad de los sexos. Una cuestión que, con referencia a esa pretérita legalidad, resolvió negando la discriminación la STC 109/ 1993, de 25.5, y considerando la titularidad femenina el permiso de lactancia como una medida de acción positiva.

Mientras tanto, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, reformó el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo que “*este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen*”. Ni se suelta el lastre histórico de beneficio femenino vinculado con el amamantamiento, ni se acoge la tendencia moderna de considerarlo un permiso parental indistinto de cuidado de hijos/as. La parificación absoluta, permitiendo, incluso, el ejercicio simultáneo del permiso por ambos progenitores trabajadores, parece, en efecto, más acorde con el principio de igualdad de los sexos, sin perjuicio, en su caso, de adoptar medidas de acción positiva o de protección de la lactancia natural.

Siendo una cuestión muy problemática en relación con el permiso de lactancia, es realmente llamativo, sobre todo a la vista del *desideratum* de individualización de los derechos derivados del cuidado de hijos/as recogido en la Directiva 96/34, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental, que las reformas posteriores no hayan abordado esa cuestión, ni la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Per-

1

Con anterioridad a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, y a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, había abordado el estudio del permiso de lactancia en “El permiso de lactancia”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1996. Allí remito al/a lector/a para la situación legal entonces vigente.



sonas Trabajadoras –en adelante, la LCVFL–, ni la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres –en adelante, la LOIEMH–, manteniendo una titularidad femenina principal con un ejercicio masculino secundario.

Una titularidad femenina principal con un ejercicio masculino secundario constitutivo de desprotección en determinados supuestos, y, especialmente, en las familias monoparentales con cabeza de familia masculino –por ejemplo, un padre viudo o un padre separado o divorciado con atribución judicial del cuidado de los hijos e hijas–, donde el hombre ni es titular del permiso de lactancia, ni a lo menos en el caso de fallecimiento de la madre, ésta lo puede transferir. A nuestro juicio, la ausencia de extensión a familias monoparentales masculinas configura –y lo decimos a sabiendas de la doctrina constitucional– una discriminación sexista directa, además de una discriminación a los hijos o hijas por el estado civil de sus progenitores.

Otra desprotección derivada –como la titularidad femenina– del origen histórico –que vinculaba el permiso a la lactancia natural– es la ausencia de derecho fuera de los casos de filiación –y ello aunque, desde la admisión de la lactancia artificial, debemos entender se incluye tanto la filiación natural como la filiación adoptiva–, mientras otras instituciones pensadas para el cuidado de menores se han abierto de manera progresiva a situaciones diferentes a las derivadas de la patria potestad, como acontece con la reducción de jornada por motivos familiares –artículo 37.5 del ET, que alude a la guarda legal de menores– o, desde la LOIEMH, con la excedencia familiar –artículo 46.3 del ET, que contempla el acogimiento–.

Tal vinculación histórica con la lactancia natural tanto se arrastra en el presupuesto de hecho, como en la consecuencia jurídica de *“una hora de ausencia al trabajo, que (se) podrá dividir en dos fracciones”* –recordando los “dos descansos de media hora para permitir la lactancia” de la Ley de 13 de marzo de 1900–. Ciertamente, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, permitió la posibilidad adicional –y el ET la mantuvo– de optar por *“una reducción en la jornada normal de media hora”* –que, desde la LCVFL, es de *“su jornada”*–. Y la LOIEMH amplía las opciones a la de *“acumularlo en jornadas completas”*. Pero no pasan de ser parches de un régimen de ejercicio pensado para el amamantamiento.

El permiso de lactancia se debe librar definitivamente de su arrastre histórico, dejando de ser una norma de protección de la maternidad, para pasar a ser un permiso parental para el cuidado de menores, lo cual obliga a cambiar

1

su presupuesto de hecho, ampliando su titularidad a

ambos progenitores y, en general, a quienes ostentan la guarda legal de un menor, otorgando un derecho igual a cada uno de los titulares, que sólo se acumularía si se tratase de una familia monoparental, y

2

su consecuencia jurídica, atribuyendo la más amplia disponibilidad de ejercicio, por ejemplo, configurando un crédito de horas a disfrutar a elección de la persona trabajadora en el periodo temporal de disfrute del permiso de lactancia.

Hay dos consideraciones finales complementarias.

Una consideración es la de que, en tanto subsistan los roles tradicionales, se deberán adoptar –sobre todo si el permiso es único a disfrutar por un titular a elección de ambos, porque se tenderá a elegir a la mujer, pero incluso si se reconoce un permiso a cada titular, porque el hombre tenderá a no usarlo– medidas de acción positiva para evitar perjuicios a los empresarios que redundarán, en un efecto *“boomerang”*, en un retraimiento en la contratación de mujeres. Medidas de acción positiva como exonerar al empresario de la retribución, imputándola a fondos públicos –como en Italia, al seguro de enfermedad–, o reduciéndole las cotizaciones sociales.

Y la otra consideración es la de no poderse olvidar el respeto a la elección de la madre en la elección de la lactancia natural –que, atendiendo a los estudios médicos, favorece además la mejor crianza del recién nacido–, de modo que, sin perjuicio de la titularidad individual del permiso de lactancia para cada titular y de la adopción de medidas de acción positiva, sería además conveniente el establecimiento de un permiso de la suficiente amplitud y contenido protector para no dificultar la lactancia natural, y la adopción de medidas destinadas a facilitar la lactancia natural, como la habilitación de salas en las empresas a cargo exclusivo de fondos públicos o con importantes subvenciones, que facilitarían así la lactancia natural.

II. LA REFORMA DE LA LEY DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras sólo introdujo una mejora de detalle en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores: se sustituyó la antigua expresión *“la reducción de la jornada normal”* por la nueva expresión *“la reducción de su jornada”*, de donde, eliminando veleidades interpretativas, aparentaba evidente:

a

Que, aunque la jornada fuese a tiempo parcial, no había motivo para eliminar totalmente, ni siquiera para reducir proporcionalmente, la duración del permiso de lactancia.

b

Que sería perfectamente compatible el permiso de lactancia con la reducción de jornada, sea por guarda legal de menores, sea para cuidado de familiares.

Tales consecuencias ya habían sido reconocidas en la más atinada doctrina judicial anterior. En cuanto al permiso de lactancia en el trabajo a tiempo parcial, ya una vieja STCT de 16.4.1985, RTCT 1985 2524, razonó que *“(se) consagra un derecho de ausencia al trabajo para atender a la manutención de un hijo o hija menor de 9 meses, sin más referencia que a la jornada normal que viniera observándose, y como quiera que ésta es... de 7 horas, sobre ésta hay que operar... impuesto un tiempo de trabajo inferior al máximo preceptivo, no le es lícito a la empresa aplicar a la diferencia el tiempo que, por imperativo de una norma, tenga derecho a ausentarse al trabajo, haciendo ilusoria la razón de ser de aquélla”*.

A nuestro juicio, esta doctrina no se deberá de alterar ni siquiera en el supuesto extremo de absorber el permiso de lactancia la totalidad de la jornada de trabajo. Otra solución no sólo haría de peor derecho a los trabajadores –normalmente, trabajadoras– de empleos insignificantes, sino que difuminaría la finalidad de la norma, ya que, si la norma pretende facilitar el cuidado del recién nacido, ese trabajo es el mismo sea el trabajo de los progenitores a tiempo completo o a tiempo parcial, de mayor o menor jornada. Cuestión diferente es la quiebra de la sinalagmaticidad del contrato de trabajo, lo cual justificaría exonerar al empresario o empresaria de la retribución o de las cotizaciones sociales, pero no hacer perder el derecho a la persona trabajadora.

En cuanto a la compatibilidad del permiso de lactancia con la reducción de jornada, sea por guarda legal de menores, sea para cuidado de familiares, ya otra vieja STCT de 9.2.1978, RTCT 1978 800, razonó que *“el artículo... que se interpreta recoge en sus... apartados diferentes derechos de los trabajadores y trabajadoras en relación con la jornada laboral, claramente diferenciados unos de otros, y es obvio que si la intención de la persona que legisla hubiera sido la pretendida por la empresa (que la finalidad de reducción de jornada absorbe la finalidad del permiso de lactancia) hubiera redactado en distinta forma las situaciones en que puede encontrarse la persona trabajadora... refundiéndolas en una sola”*.

De todos modos, y aunque estas consecuencias –reconocimiento íntegro del permiso de lactancia a los



trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial y compatibilidad con la reducción de jornada, sea por guarda legal de menores sea por cuidado de familiares, ya habían sido reconocidas en la más atinada doctrina judicial anterior, lo cierto es que no faltaban decisiones discrepantes, por lo que, sin duda alguna, la reforma acometida en la LCVFL debe ser bien recibida, coherenciándose, además, con el principio de igualdad inspirador del contrato de trabajo a tiempo parcial –de conformidad con lo establecido en el artículo 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores desde el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre–.

No es de extrañar, en consecuencia, que, después de la LCVFL, los tribunales sociales alcance una total uniformidad en la respuesta judicial, como se comprueba con la STSJ/Cataluña de 8.3.1999, AS 1999 1721, la SJS 1 Barcelona de 9.1.2002, AS 2002 1297, la STSJ/Valencia de 25.4.2003, AS 2003 1125, la STSJ/Valencia de 24.5.2003, AS 2003 2289, o la STSJ/Las Palmas 20.2.2006, AS 2006 2171, donde se razona de modo tajante, y con un carácter general, que *“el hecho de tener una jornada inferior a la normal, bien porque se ha hecho uso de la facultad del artículo 37.5 del ET, bien porque se tiene un contrato a tiempo parcial, no permite hacer la correspondiente reducción del derecho de lactancia”*.

III. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

El permiso de lactancia se reforma, a través de la LOIEMH, en dos cuestiones concretas.



Una es la de que “(su) duración ... se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple”. Literalidad que no debiera excluir la posibilidad de incremento en los casos adopciones o acogimientos múltiples de menores de nueve meses, o de simultaneidad de un parto con adopciones o acogimientos de menores de nueve meses. Nuevamente, se trata de una reforma con añejos antecedentes judiciales, ya que, en la STCT de 18.6.1985, RTCT 1985 4063, se había considerado, en un parto gemelar, la atribución a la madre de dos permisos de lactancia al resultar ser lo más conforme a su espíritu y finalidad, y a la realidad social.

Aparentemente sencilla, la norma ofrece, sin embargo, algunas dificultades aplicativas en orden a determinar si el incremento se puede aplicar de manera disociada, es decir, en una parte a la ausencia de una hora –o más–, y en otra parte a la reducción de la jornada en media hora –o más–, e incluso combinando alguna o algunas de esas opciones con la acumulación en jornadas completas –lo cual se podría recoger en el convenio colectivo o acuerdo individual donde se permita esa acumulación–. E incluso, la posibilidad de que una parte del incremento lo disfrute el padre, mientras la madre disfruta otra parte. Tales posibilidades de autoorganización favorecerían el ejercicio del derecho a la conciliación.

Y la otra reforma del régimen del permiso de lactancia es la posibilidad de su acumulación en jornadas completas “en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que (se) llegue con el empresario o empresaria respetando, en su caso, lo establecido en aquella”. Nuevamente, la reforma está precedida de una aplicación judicial que había admitido la licitud del pacto colectivo de acumulación del permiso de lactancia. Así lo admitió la SAN de 29.3.2004, AS 2004 823, que fue confirmada por la STS de 20.6.2005, AS 2005 6507, argumentado, dicho en esencia, que el convenio colectivo se limitaba a establecer una opción de disfrute –nunca una imposición– que suponía una mejora del régimen legal.

Parece evidente, a la vista de la estricta literalidad de la norma, la necesidad de intermediación de la negociación colectiva o de un acuerdo entre trabajadores y trabajadoras y empresa para la aparición del derecho, aunque de seguro no faltarán en la doctrina científica opiniones contrarias sobre una interpretación finalista. Cuestión diferente es que, ante la ausencia de norma convencional y ante el intento de negociación del trabajador o trabajadora, el empresario o empresaria se niegue de manera arbitraria, abusiva o desproporcionada, en cuyo caso, para evitar un fraude al fin nor-

mativo, sí habría base para demandar. Lo que ocurre es que, en cuanto medie una razón de empresa, se desactivaría la demanda, y la inconcreción de la norma impediría su éxito.

Situándonos, en consecuencia, en esa situación litigiosa –es decir, el trabajador o trabajadora reclama la negociación en ausencia de pacto colectivo, y la empresa se niega de manera irrazonable–, la dificultad subsiguiente es el alcance de la acumulación. De entrada, debiera tratarse de una acumulación en concreto, atendiendo a la situación individual del trabajador o trabajadora, y no en abstracto, atendiendo a un cómputo general del permiso de lactancia. Por ello, la situación será muy diferente si lo ejercita una mujer o si lo ejercita un hombre. Y dicho esto, la cuestión es determinar si se acumulará la hora de ausencia o la media hora de reducción de jornada. Probablemente, se estará al mínimo, o, en solución de equidad, a un promedio con lo máximo.

IV. ...PERO ES AÚN PARCO EL RESULTADO DESPUÉS DE TANTAS REFORMAS

Una recapitulación de las reformas realizadas por la LCVFL y por la LOIEMH sobre el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, nos permite alcanzar una impresión inicial que nos conducirá a una reflexión algo más profunda. La impresión inicial es que todas las reformas se encontraban precedidas de aplicaciones judiciales en la misma línea de admitir el permiso de lactancia en el trabajo a tiempo parcial, o acumulable a la reducción de jornada, de admitir su ampliación en los partos múltiples, o de admitir el pacto colectivo de acumulación. Es verdad que, con las reformas legales, se ha ganado en seguridad jurídica, permitiendo a los trabajadores y trabajadoras conocer sus derechos, y evitando desviaciones judiciales.

Pero también es verdad –y aquí es donde esa impresión inicial nos conduce a una reflexión algo más profunda– que, con las reformas legales, se han realizado escasos avances en la regulación del permiso de lactancia, cuyo presupuesto de hecho y cuya consecuencia jurídica siguen demasiado vinculados a su origen histórico. Sería deseable que en nuevas reformas normativas el permiso de lactancia cambiase –incluso en su misma denominación– para ser un permiso de cuidado de una persona recién nacida atribuible a cada una de las dos personas encargadas de su guarda legal. Y la fórmula del crédito horario aparenta ser la opción más útil desde la perspectiva de la mejor conciliación, en orden a la configuración de la consecuencia jurídica.

**Mejoras en la
acción protectora
del sistema público
de Seguridad Social
tras la LO 3/2007,
para la igualdad efectiva
de mujeres y hombres**

POR SARA ALCÁZAR ORTIZ

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

POR CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA

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



1. EXTENSIÓN Y REQUISITOS GENERALES PARA EL ACCESO A LAS PRESTACIONES

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007) extiende la acción protectora del sistema de Seguridad Social español tanto desde el punto de vista de las prestaciones, que se amplían, como desde el punto de vista de las personas protegidas, que se ven potencialmente incrementados por la flexibilización de los requisitos para acceder a determinadas prestaciones, por ejemplo, en situación de maternidad.

Respecto a la acción protectora del sistema de Seguridad Social prevista en el artículo 38 LGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social) y en lo que a las prestaciones económicas se refiere, la enumeración de situaciones protegidas se amplía –de forma coherente con el contenido de la reforma operada por la LO 3/2007– para dar cabida expresamente a las prestaciones económicas por paternidad y riesgo durante la lactancia natural, creadas por la Ley. No se hace referencia expresa, sin embargo, al subsidio especial por maternidad en la modalidad no contributiva, si bien puede entenderse que está contenido implícitamente en la genérica alusión a la “maternidad” entre las situaciones protegidas. No obstante, puesto que se trata de una prestación económica novedosa, quizá hubiera sido conveniente una alusión expresa a la misma.

La protección que dispensa el sistema de Seguridad Social a los beneficiarios no es automática; es decir, no deriva automáticamente de una situación de necesidad sino que está condicionada, normalmente, al cumplimiento de determinados requisitos, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva. Con carácter general, las prestaciones del nivel contributivo requieren el cumplimiento de dos requisitos (art. 124 LGSS): estar en situación de alta o asimilada al alta y acreditar el correspondiente periodo de carencia, sin perjuicio de los requisitos particulares que adicionalmente se puedan exigir en cada concreta prestación.

En relación con el requisito del alta, y más concretamente con las situaciones asimiladas al alta, la LO 3/2007 extiende a la prestación de riesgo durante la lactancia la exclusión del periodo correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas que no hubieran sido disfrutadas antes de la extinción del contrato, como situación asimilada al alta; exclusión que hasta la entrada en vigor de la LO 3/2007 sólo estaba prevista respecto a la prestación por riesgo durante el embarazo (artículo 125.1 LGSS). La razón de ser de esta regulación –aparentemente contradictoria con la inspiración de la Ley de igualdad, de signo claramente

garantista en el ámbito de la Seguridad Social– radica en la propia naturaleza de situación asimilada al alta de que se trata, puesto que en ella la persona trabajadora no se encuentra prestando servicios efectivos para la persona empresaria, por lo que no puede derivarse un riesgo profesional –como el riesgo durante el embarazo y durante la lactancia– en tal situación.

Más significativa resulta la regulación del cómputo de los periodos de carencia exigidos para tener derecho a las prestaciones. A estos efectos se computan las cuotas correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, maternidad o riesgo durante el embarazo y también las correspondientes a las situaciones de paternidad y riesgo durante la lactancia natural (art. 124.3 LGSS) introducidas por la Ley de igualdad.

De otra parte, el periodo de prestación por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato, o bien se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, se considera como periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (art. 124.6 LGSS). Con esta medida se elimina la situación anterior en la cual no se podía computar como cotizado el tiempo que el beneficiario percibía del INSS el subsidio por maternidad una vez extinguido el contrato de trabajo, al no existir en tal caso obligación de cotizar.

Por último, a los efectos de las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, de cualquier régimen de Seguridad Social, causadas a partir de la entrada en vigor de la LO 3/2007, se computan a favor de la trabajadora que solicite la pensión un total de 112 días de cotización por cada hijo o hija –14 días más adicionales por cada hija o hijo a partir del segundo en caso de parto múltiple–, salvo si tales periodos se hubieran cotizado efectivamente por ser la solicitante de la pensión trabajadora o funcionaria en el momento del parto (disp. adic. cuadragésima cuarta LGSS). Se trata de una ficción jurídica mediante la cual se pretende facilitar el acceso a las citadas prestaciones de aquellas mujeres que, habiendo tenido hijos o hijas, no hubieran recibido la correspondiente prestación por no ser trabajadoras al momento de dar a luz, computando como cotizado el tiempo equivalente a las prestaciones de maternidad que no disfrutaron en su momento.

2. PRESTACIONES POR MATERNIDAD

La LO 3/2007 modifica la estructura y el contenido del Capítulo IV bis del Título II de la LGSS. En la sección primera regula, introduciendo cambios importantes, el “supuesto general” que se corresponde con la prestación contributiva por maternidad, y en la sección segunda incorpora *ex novo* un “supuesto espe-



cial”, creando el subsidio no contributivo por maternidad.

2.1

Nivel contributivo

La protección por maternidad que dispensa el sistema de la Seguridad Social da cobertura, durante los periodos de descanso establecidos para cada supuesto, a las siguientes situaciones: maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o –y ésta es una novedad– simple de conformidad con el Código Civil (arts. 173, 173 bis y 174) o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales (art. 133 bis LGSS); periodos de descanso que están determinados en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante LET).

Pueden ser beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de esos periodos de descanso, siempre que estén afiliados y en alta o en situación asimilada al alta y, además, acrediten ciertos periodos mínimos de cotización. Sobre este segundo requisito incide la persona legisladora, estableciendo nuevos periodos de carencia para tener derecho a la prestación por maternidad, rebajando los preexistentes o eliminándolos, de manera que se favorece el acceso a los trabajadores más jóvenes. Así, en efecto:

- Si la trabajadora tiene menos de 21 años en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exige periodo mínimo de cotización [art. 133 ter.1.a) LGSS].
- Si la trabajadora, en cambio, tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad, el periodo mínimo de cotización exigido es de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral [art. 133 ter.1.b) LGSS].
- Por último, si la trabajadora es mayor de 26 años, el periodo mínimo de cotización exigido es de 180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral [art. 133 ter.1.c) LGSS].

Dos reglas particulares se contemplan en cuanto al cómputo de la edad y de los periodos de carencia.

■ **Primera:** Sólo en el supuesto de parto y exclusivamente para la madre biológica, la edad a tener en cuenta será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del periodo mínimo de cotización que, en su caso, corresponda (art. 133 ter.2 LGSS).

■ **Segunda:** En los supuestos de adopción internacional, cuando no sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen de la adopción, la edad será la que tengan cumplida los interesados e interesadas en el momento de iniciar el descanso, tomando como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del periodo mínimo de cotización que, en su caso, corresponda (art. 133 ter.3 LGSS).

En cuanto a la duración de la prestación por maternidad inciden dos nuevos supuestos de ampliación del periodo de suspensión del contrato (art. 48.4 LET). Por un lado, en los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto por un periodo superior a 7 días, el periodo de suspensión se amplía en tantos días como la persona nacida se encuentre hospitalizada, con un máximo de trece semanas adicionales. Por otro, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija, o del menor o de la menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de 2 semanas; en el caso de que ambos progenitores trabajen, este periodo adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.

Por lo demás, se mantiene la cuantía de la prestación por maternidad –equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes (art. 133 quater LGSS)–, así como las normas sobre pérdida o suspensión del derecho a la prestación (art. 133 quinques LGSS).

2.2

Nivel no contributivo

A modo de supuesto especial, se reconoce un subsidio por maternidad, como prestación no contributiva, cuyas beneficiarias son las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad del nivel contributivo, salvo el periodo mínimo de cotización, en el caso de que sea exigido (art. 133 sexies LGSS). Es decir, es suficiente accredi-



tar que la trabajadora, únicamente en la maternidad biológica y no en los casos de adopción o acogimiento, está afiliada y en alta o situación asimilada al alta, independientemente de los días cotizados hasta ese momento. También son beneficiarias de este subsidio especial las trabajadoras por cuenta propia (disp. adic. undécima bis.1 LGSS).

La cuantía del subsidio es igual al 100 % del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes sea inferior, en cuyo caso se aplica ésta (art. 133 septies, párrafo primero LGSS).

La duración de la prestación es de 42 días naturales a contar desde el parto, desvinculándose del periodo de suspensión de contrato ex artículo 48.4 LET, que como regla general alcanza las 16 semanas.

3. PRESTACIÓN POR PATERNIDAD

La LO 3/2007 introduce el Capítulo IV ter, titulado “Paternidad”, en el título II de la LGSS, para establecer la regulación jurídica de la prestación económica por paternidad, ya incluida en el artículo 38.1.c), párrafo primero, de la LGSS.

Son situaciones protegidas el nacimiento de hijo o hija, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil (arts. 173, 173 bis y 174) o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute *ex* artículo 48.bis LET (art. 133 octies LGSS). En esos supuestos, el trabajador tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante 13 días ininterrumpidos, ampliables en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple en 2 días más por cada hijo a partir del segundo; esta suspensión –tégase en cuenta– es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad. Está previsto, no obstante, que la duración del permiso por paternidad se aplique de forma progresiva y gradual hasta alcanzar las 4 semanas a los 6 años de la entrada en vigor de la LO 3/2007, esto es, el 24 de marzo de 2013 (disp. trans. novena LO 3/2007).

En caso de parto, disfruta en exclusiva de este periodo de suspensión el otro progenitor. Y en los supuestos de adopción o acogimiento, el derecho corresponde sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; ahora bien, cuando el periodo de descanso por maternidad se disfrute en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente puede ser ejercido por el otro.

Beneficiarios de esta prestación económica son los trabajadores que disfruten del periodo de suspensión por paternidad, en los términos antes expuestos, siempre que estén afiliados y en alta o en situación asimilada al alta y, además, acrediten ciertos periodos mínimos de cotización: en concreto, y como en el subsidio contributivo por maternidad para trabajadores mayores de 26 años, se requiere tener cotizados 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha (art. 133 nonies LGSS).

Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales de la Seguridad Social tienen derecho a la prestación con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General (disp. adic. undécima bis.1 LGSS), pero con algunas singularidades; a saber:

■ en el supuesto de trabajadores por cuenta propia, los periodos durante los que se tiene derecho a percibir el subsidio por paternidad son coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los periodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del nacimiento del hijo o hija;

■ los trabajadores por cuenta propia pueden, igualmente, percibir el subsidio por paternidad en régimen de jornada parcial (disp. adic. undécima bis.2 LGSS).

La cuantía del subsidio por paternidad es idéntica a la del subsidio por maternidad en su modalidad contributiva (art. 133 decies LGSS), es decir, una cantidad equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal, por contingencias comunes.

Finalmente, debemos añadir que la gestión de la prestación por paternidad se asigna directa y exclusivamente a la entidad gestora correspondiente (disp. adic. undécima ter LGSS), pudiendo ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para la prestación por maternidad (art. 133 decies LGSS).

4. PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), entre las medidas de protección de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, posibilita, en último término, el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del



contrato por riesgo durante el embarazo [art. 45.1.d) LET], por el periodo de tiempo necesario para la protección de su seguridad y salud, mientras persista la imposibilidad de incorporarse a su puesto de trabajo o a otro puesto compatible con su estado (art. 26.3 LPRL). Precisamente, para paliar la pérdida de ingresos que se produce durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo, el sistema de Seguridad Social viene reconociendo una prestación de carácter económico cuyo régimen jurídico se ha visto alterado, en algunos aspectos sustanciales, por la Ley Orgánica 3/2007. Puede afirmarse que la prestación económica por riesgo durante el embarazo ha sufrido una doble modificación, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo.

Cualitativamente, porque se reconoce que la prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales (art. 134.2 LGSS). En coherencia con lo anterior, se declara que el reconocimiento de esta prestación a la mujer trabajadora se producirá en los mismos términos y condiciones que rigen para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales (art. 135.1 LGSS), frente a la regulación anterior que equiparaba el riesgo durante el embarazo a la incapacidad temporal por enfermedad común. Consecuencia de ello es que las trabajadoras, a efectos de causar derecho a la prestación, están en situación de alta de pleno derecho o alta presunta, aunque el empresario no hubiera cumplido sus obligaciones, y que no se exige periodo de carencia para tener derecho a la prestación, a diferencia de la situación anterior donde era necesario haber cotizado un mínimo de 180 días en los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante, coincidiendo éste con la fecha de inicio de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

La consideración de la prestación como derivada de contingencias profesionales afecta también a la gestión de la misma, que pasa, de estar atribuida directa y exclusivamente al INSS, a corresponder a la Entidad Gestora o a la Mutua, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales (art. 135.4 LGSS).

Por último, la configuración de la prestación por riesgo durante el embarazo repercute, inevitablemente, en el cálculo de su cuantía, que se obtiene a partir de la base reguladora correspondiente a la incapacidad temporal por contingencias profesionales (art. 135.3 LGSS) en lugar de la base por contingencias comunes; de esta manera, la modificación cualitativa de la prestación conlleva, también, una alteración cuantitativa de la misma al margen de la operada directamente por la persona que legisla al incrementar el porcentaje aplicable a la base, que pasa del 75 por 100

al 100 por 100, con lo que se equipara al porcentaje de la prestación por maternidad (art. 135.3 LGSS).

5. PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

La prestación por riesgo durante la lactancia natural es, junto con la prestación por paternidad y el subsidio no contributivo por maternidad, una de las prestaciones introducidas por la LO 3/2007. Su regulación, que se contiene en el Capítulo IV quinquies del Título II de la LGSS, se limita, en realidad, a definir la situación protegida y a establecer una remisión general de su régimen jurídico a la regulación de la prestación por riesgo durante el embarazo, salvo en un punto concreto relacionado con la extinción.

La situación protegida es la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses [art. 45.1.d) LET], en los casos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado en los términos previstos en el artículo 26.4 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (art. 135 bis LGSS). Por lo tanto, la prestación económica por riesgo durante la lactancia trata de proteger la salud de la mujer trabajadora y del lactante, así como cubrir la pérdida de ingresos que se produce durante el referido periodo de suspensión del contrato de trabajo.

En cuanto al régimen jurídico de la prestación, ésta se concede a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en la LGSS para la prestación económica por riesgo durante el embarazo (art. 135 ter LGSS). Consecuentemente, en lo que se refiere a las beneficiarias, la nueva prestación se otorga a las trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General y, en su caso, de los Regímenes Especiales (disp. adic. octava.4 LGSS). Los requisitos exigidos para causar derecho a la prestación vienen determinados por su consideración como prestación derivada de contingencias profesionales, igual que ocurre con el riesgo durante el embarazo. De modo que para ser beneficiaria es preciso –además de haber sido declarada en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia– estar en situación de alta o asimilada al alta. Ahora bien, las trabajadoras se consideran en situación de alta de pleno derecho, aunque el empresario o empresaria hubiera incumplido sus obligaciones (art. 125.3 LGSS). No será necesario, sin embargo, acreditar un periodo mínimo de carencia.

La prestación económica por riesgo durante la lactancia consiste en un subsidio, de pago periódico y duración temporal, cuya cuantía está en función de la base reguladora y del porcentaje aplicable a la misma. Así, para el cálculo del subsidio, la base reguladora será



equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad derivada de contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato. El porcentaje aplicable a dicha base será, como en la prestación por riesgo durante el embarazo, del 100 por 100 (art. 135.3 LGSS).

En cuanto a la dinámica de la prestación, rige también lo previsto en el artículo 135 LGSS, por lo que el derecho al subsidio nace desde el mismo día en que se inicia la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia. La extinción de la prestación se produce (art. 135 ter LGSS) en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se hubiera reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado. A estas causas, expresamente establecidas, habrá que añadir, por remisión, las previstas para la prestación por riesgo durante el embarazo, adecuadas a la naturaleza de esta contingencia; de modo que también se perderá el derecho al subsidio por extinción del contrato de trabajo o por fallecimiento de la beneficiaria. Habrá que pensar que también el fallecimiento del hijo o hija conllevará la extinción de la prestación, porque dejará de tener sentido la suspensión del contrato de trabajo que la causó.

Por último, en lo que a la gestión se refiere, dado el origen profesional de la prestación y teniendo en cuenta la redacción del artículo 135.4 LGSS, ésta se efectuará por la entidad gestora o por la mutua en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales. Durante su percibo, se mantiene la obligación de cotizar (art. 106.4 LGSS) por lo que la entidad gestora correspondiente deberá deducir del importe de la prestación la parte correspondiente a la cuota del trabaja-

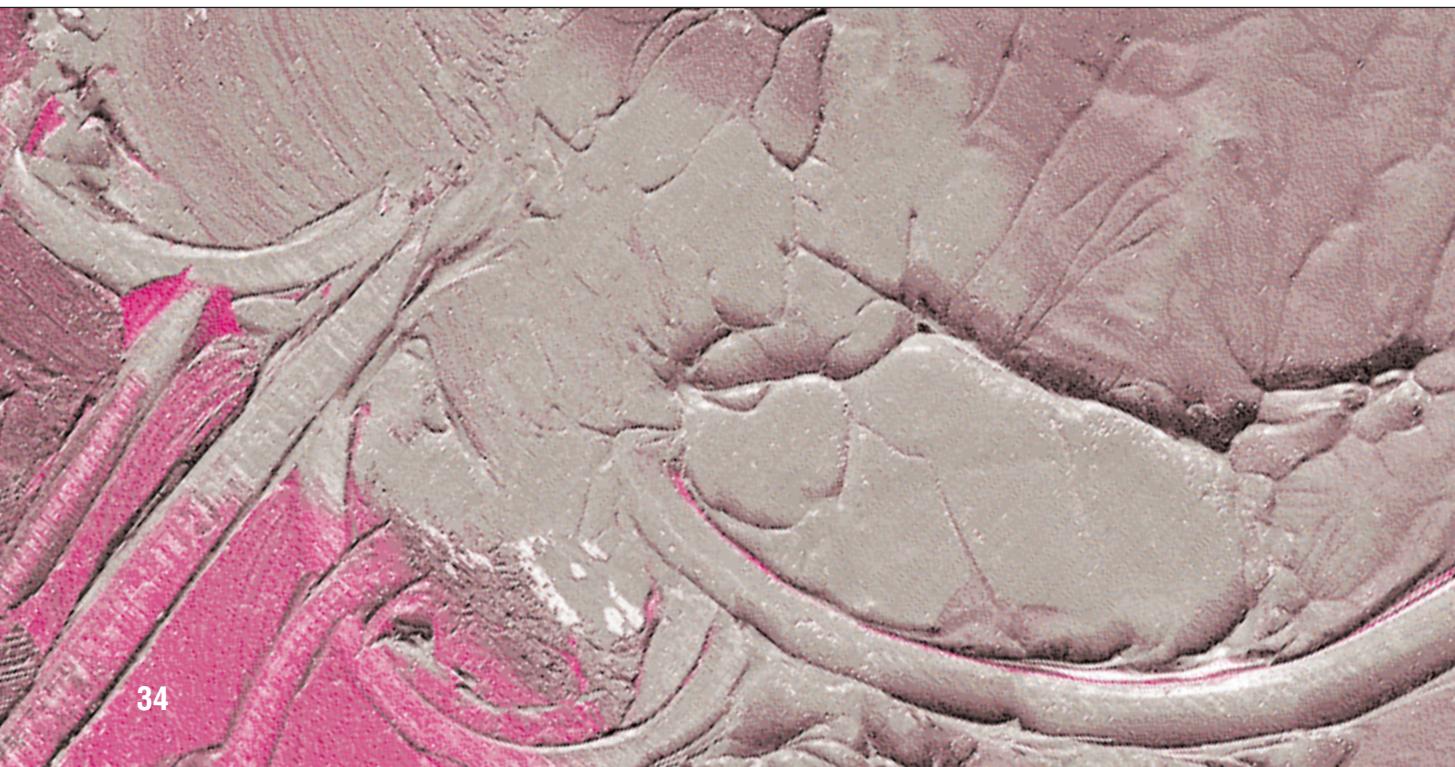
dor o trabajadora a la Seguridad Social. Por su parte, la empresa estará obligada a ingresar las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, sin perjuicio de las bonificaciones que resulten aplicables cuando el empresario o empresaria celebre contratos de interinidad con personas desempleadas para sustituir a las trabajadoras en situación de riesgo durante la lactancia (disp. adic. segunda Ley 12/2001).

6. PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

La enumeración de las personas causantes de las prestaciones por muerte y supervivencia se ha visto ampliada para dar cabida a las personas beneficiarias de los subsidios introducidos por la LO 3/2007. De este modo, las personas causantes de las prestaciones por muerte y supervivencia serán las perceptoras de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan con el periodo de cotización que, en su caso, venga establecido [art. 172.1.b) LGSS].

7. PRESTACIONES FAMILIARES (MODALIDAD CONTRIBUTIVA)

Las reformas introducidas por la LO 3/2007 en el ámbito de las prestaciones familiares de Seguridad Social afectan, exclusivamente, a la prestación no económica regulada en el artículo 180 LGSS, según el cual, a efectos de determinadas prestaciones de Seguridad Social, se consideraba como efectivamente cotizado el primer año de excedencia que disfruten los trabajadores o trabajadoras para el cuidado de hijos o





hijas o menores acogidos, o por cuidado de otros familiares.

La regulación supone, de una parte, la ampliación temporal de la prestación en determinados casos, así como su extensión, con adaptaciones, a nuevos supuestos, siempre con la finalidad de impedir que el disfrute de los derechos laborales que facilitan la conciliación de la vida familiar y laboral pueda causar un perjuicio a los trabajadores y trabajadoras a la hora de disfrutar del derecho a las distintas prestaciones de Seguridad Social. En esta línea, el artículo 180 LGSS establece diferencias, a efectos del cómputo de la excedencia como periodo de cotización efectiva, según cual sea el motivo de la excedencia. Cuando se solicite para el cuidado de hijo, hija o menor acogido, el periodo de cotización efectiva se duplica y pasa a ser de dos años, con lo que queda desvinculado del plazo de reserva del puesto de trabajo durante la excedencia, que continúa siendo de un año (art. 46.3, párrafo quinto, LET). En coherencia con lo anterior, se amplía proporcionalmente el periodo de tiempo considerado como cotizado en caso de que el menor para cuyo cuidado se solicite la excedencia forme parte de una familia numerosa, siendo de 30 ó 36 meses si es de categoría general o especial, respectivamente. Sin embargo, se mantiene –aunque desglosada su regulación en un nuevo apartado– la consideración como periodo cotizado del primer año de excedencia para cuidado de familiares que disfruten los trabajadores y trabajadoras al amparo del artículo 46.3 LET.

De otra parte, la LO 3/2007 extiende esta prestación no económica, hasta ahora sólo aplicable en el caso de excedencia para cuidado de hijos, hijas o familiares, a los casos de reducción de jornada por guarda legal de un o una menor de 8 años, o personas discapacitadas físicas, psíquicas o sensoriales, o bien por cuidado de un familiar en los términos regulados en el artículo 37.5 LET. En estos casos, el trabajador o trabajadora continúa prestando efectivamente servicios, si bien con la jornada reducida, lo que implica una correlativa disminución de su salario y, por tanto, de su cotización a la Seguridad Social. Pues bien, para contrarrestar el efecto negativo de esa menor cotización sobre la cuantía de las prestaciones futuras a que pudiera tener derecho el trabajador o trabajadora, se presume *ex lege* como cotizado el 100 por 100 de la cuantía que correspondería de haberse mantenido la jornada de trabajo sin reducción. Dicho cómputo incrementado de las cotizaciones efectuadas se encuentra, no obstante, limitado en el tiempo: se aplica durante los dos primeros años de reducción de jornada por guarda legal de un menor de 8 años y sólo durante el primer año de reducción de jornada por guarda legal de minusválido, minusválida o cuidado de familiares (art. 180.3 LGSS).

Por último, aunque estrechamente relacionado con lo anterior, el artículo 180.4 LGSS regula los supuestos combinados de reducción de jornada seguidos de excedencia por cuidado de hijos, hijas o familiares. En tales casos, a efectos de la consideración como cotizados de los periodos de excedencia correspondientes, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 las cotizaciones efectuadas durante la reducción de jornada que precedió a la excedencia. A primera vista parece un apartado carente de sentido, puesto que a la misma conclusión se llegaría de la lectura del artículo 180.3 LGSS. Sin embargo, la circunstancia de que el precepto no distinga en función de la duración de la reducción de jornada previa a la excedencia, permite pensar que, a efectos de lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 180 LGSS, se computarán incrementadas al 100 por 100 las cotizaciones efectuadas durante la reducción de jornada, independientemente de que ésta se prolongue en el tiempo durante más de uno o dos años. Con esta medida se trataría de evitar que la cotización que se toma como referencia a efectos del cómputo como efectivamente realizada durante la excedencia fuera una cotización disminuida como consecuencia de una reducción de jornada anterior a la excedencia.

La consideración como cotización efectiva de la excedencia, así como el cómputo incrementado de la cotización durante la reducción de jornada, sólo se tiene en cuenta respecto a las siguientes prestaciones: jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. En este punto, la LO 3/2007 se ha limitado a incluir la prestación por paternidad, manteniendo la omisión de la prestación por riesgo durante el embarazo, que ahora alcanza también a la prestación por riesgo durante la lactancia. Dicha omisión, que no se comprendía con la regulación anterior, cobra ahora coherencia puesto que, dada la consideración de tales prestaciones como contingencias profesionales, ya no se requiere periodo de carencia previo para causar derecho a las mismas. Por lo demás, se sigue excluyendo el cómputo de las cotizaciones durante la excedencia o la reducción de jornada a efectos de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo.

8. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

En materia de desempleo la LO 3/2007 pretende promover la igualdad real de mujeres y hombres, evitando que el disfrute de los derechos reconocidos en el ordenamiento laboral para facilitar la conciliación de la vida familiar, personal y laboral –mayoritariamente ejercidos por mujeres–, así como las formas de trabajo con una elevada representación femenina, como el trabajo a tiempo parcial, repercutan negativamente en la cuantía de la prestación por desempleo de los trabajadores.



En este sentido, cuando se acceda al desempleo desde una situación de reducción de jornada por cuidado de hijos, hijas, personas discapacitadas o familiares, o bien de reducción de jornada en casos de hospitalización de neonatos, así como de reducción de jornada en casos de violencia de género (art. 37.4 bis, 5 y 7 LET), la base reguladora de la prestación por desempleo –que se obtiene promediando las bases de cotización de los últimos 180 días (art. 211.1 LGSS)– tomará en consideración las bases de cotización incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido íntegramente la jornada de trabajo previa a la reducción (art. 211.5 LGSS). Con esta regulación, la LO 3/2007 elimina la situación creada bajo la vigencia de la normativa anterior que –de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 6 de abril de 2004, RJ 2004/5909)– penalizaba a los trabajadores y trabajadoras que accedían a la prestación por desempleo desde una situación de reducción de jornada, al tomarse como referencia para calcular la prestación las bases de cotización efectivas. Ello suponía una merma considerable de la cuantía de la prestación por el mero hecho de que el beneficiario estuviera disfrutando de algunos de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar reconocidos por el ordenamiento laboral.

Coherentemente, tampoco el cálculo de las cuantías mínimas y máximas de la prestación por desempleo se verá afectado por la reducción de jornada por motivos familiares. Por lo tanto, si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador o trabajadora en alguna de las situaciones de reducción de jornada a que se refiere el primer párrafo del artículo 211.5 LGSS, las cuantías máximas y mínimas de la prestación se determinarán teniendo en cuenta el IPREM, en función de las horas trabajadas antes de la reducción de jornada (211.5, párrafo segundo, LGSS).

Asimismo, la LO 3/2007 altera la cuantía del subsidio por desempleo en el nivel asistencial respecto a los trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial, que queda fijada con carácter general en el 80 por 100 del IPREM vigente en cada momento (art. 271.1 LGSS), con independencia de que se acceda al subsidio desde un trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial. Con ello se evita la situación anterior en la que la cuantía de la prestación, en casos de trabajo a tiempo parcial, se percibía en proporción a las horas trabajadas. Tal regulación aunque se dirigía genéricamente al trabajo a tiempo parcial, dada la elevadísima representación de la mujer en dicho segmento del mercado de trabajo, suponía una discriminación indirecta que la Ley de igualdad ha eliminado.

La LO 3/2007 reforma, también, la redacción del artículo 222 LGSS, precepto que ordena la posible con-

currencia de las situaciones de incapacidad temporal y maternidad con el desempleo. En algunos casos, la reforma se limita a incluir en el texto la referencia a la prestación por paternidad junto a la maternidad, por lo que resulta extraño que, sin embargo, no se haya modificado en el mismo sentido la rúbrica del precepto para dar cabida a la nueva prestación.

Cuando el trabajador o trabajadora se encuentren en situación de paternidad o de maternidad y durante las mismas se extinga su contrato de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1 LGSS, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo. En este caso, a diferencia de lo previsto para la incapacidad temporal por contingencias comunes, no se descontará del periodo de percepción de la prestación por desempleo el tiempo de permanencia en situación de paternidad o maternidad (art. 222.2 LGSS).

En la misma dirección, se incluye la situación de paternidad en la redacción del artículo 222.3, párrafo cuarto, de manera que cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad o de paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda. Una vez extinguida la situación de paternidad o maternidad, se reanudará el cobro de la prestación por desempleo en la cuantía que viniera percibiendo y por el tiempo que restaba de prestación. Es decir, como expresamente declara el párrafo quinto del 222.3 LGSS –introducida por la LO 3/2007–, la prestación por desempleo quedará en suspenso cuando el trabajador o trabajadora pasen a situación de paternidad o maternidad. Lo anterior ha llevado a la necesidad de modificar, en paralelo, el párrafo cuarto del 222.3 LGSS, que establecía expresamente que el periodo de percepción de la prestación por desempleo no se ampliaba por la circunstancia de que la trabajadora pasara a la situación de maternidad. No obstante, dicho régimen sigue siendo aplicable cuando el trabajador o trabajadora pase a situación de incapacidad temporal, única prestación a la que en la actualidad se refiere el apartado.

9. MODIFICACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS PARA LA FORMACIÓN, Y DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS A TIEMPO PARCIAL

La LO 3/2007 contempla algunos colectivos específicos de trabajadores y trabajadoras, fundamentalmente con el objetivo de ampliar la cobertura de la protección e incorporar las prestaciones creadas por la Ley.



En el caso de trabajadores y trabajadoras que sean parte de un contrato para la formación (art. 11.2 LET), de una parte, la acción protectora de la Seguridad Social se hace extensiva a casi todas las prestaciones del sistema público (disp. adic. sexta LGSS):

- las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,
- la asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común,
- accidente no laboral y maternidad,
- las prestaciones económicas por incapacidad temporal por contingencias comunes, por maternidad y paternidad,
- por riesgo durante la lactancia y durante el embarazo
- y las pensiones.

Por tanto, la Ley de igualdad amplía, con carácter general, la protección social de estos trabajadores y trabajadoras, puesto que no sólo se añaden las prestaciones de paternidad y riesgo durante la lactancia, creadas por la Ley, sino que se incluye también una mención expresa a la asistencia sanitaria por maternidad y a la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Continúan excluidas, sin embargo, las prestaciones por incapacidad permanente parcial y el subsidio temporal a favor

de familiares, ambas derivadas de contingencias comunes.

De otra parte, la protección de Seguridad Social de los trabajadores y trabajadoras contratados a tiempo parcial incorpora la prestación por paternidad, tanto a efectos de calcular la base reguladora, como para completar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a la misma. Así pues, la equiparación con la prestación por maternidad es total, de manera que para acreditar el periodo de cotización exigido para causar derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad, y a las de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia en incapacidad temporal, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas según las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización [disp. adic. séptima.1, regla segunda, a) LGSS].

Finalmente, en el cálculo de la base reguladora de la prestación por paternidad se sigue lo establecido para la prestación de maternidad, de manera que la base reguladora se obtiene del resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante, entre 365 [disp. adic. séptima, 1, regla tercera, a) LGSS]. Por lo demás, el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente sigue obteniéndose conforme a la regla general.

Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos

POR AURA TAZÓN CUBILLAS.

Abogada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.
Colaboradora del Área de Derecho Romano de la Universidad de Cantabria.



El aumento de la población de credo musulmán en nuestro país está dando lugar a una mayor incidencia de lo que se ha denominado el “conflicto de civilizaciones”. Ese choque entre la cultura occidental y la del Islam se manifiesta muy especialmente en el Derecho de Familia y, dentro de éste, en la institución del matrimonio.

El presente trabajo tiene por objeto señalar ciertos rasgos del matrimonio islámico que pueden plantear serios problemas cuando entran o pretenden entrar en relación con el ordenamiento jurídico español. Nos referimos, fundamentalmente (aunque no únicamente), al consentimiento matrimonial, la poligamia y el repudio.

1. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO ISLÁMICO

Es imprescindible, como sugieren las profesoras ACUÑA y DOMÍNGUEZ¹, tener presente una serie de cuestiones previas a la delimitación del conflicto del matrimonio musulmán con el ordenamiento español, empezando por el concepto mismo de matrimonio. Para el Islam, el matrimonio es un mandato coránico y, por tanto, divino, aunque se caracteriza como contrato civil entre un hombre y una mujer, que abarca las relaciones personales, filiales y económicas; y como tal contrato, puede ser rescindido por voluntad de las partes. A este respecto, LABACA ZABALA² señala que “el matrimonio tiene una naturaleza contractual, requiere el mutuo consentimiento, esta abierto a condiciones adicionales que se pueden negociar, puede disolverse y sus términos pueden alterarse dentro de los límites legales”. No tiene, por tanto, un carácter religioso estrictamente hablando, aunque debemos tener en cuenta que en el Islam “la distinción entre lo que es sagrado y lo que no lo es nunca se ha explicitado”, de modo que “toda acción o transacción tiene implicaciones religiosas”.

Prescindiendo de la polémica en torno a la naturaleza de este contrato³, podemos considerar como elementos esenciales del mismo:

a la prestación del consentimiento, con intervención preceptiva del *walí* o tutor matrimonial de la mujer;

b la dote; y

c la presencia de dos testigos.

Para prestar el consentimiento matrimonial, ambos contrayentes deben tener capacidad por razón de su edad o haber obtenido la oportuna dispensa, amén de, por supuesto, no

estar incurso en ningún tipo de causa impeditiva.

Por lo que a la edad se refiere⁴, el *ius connubi* se adquiere al alcanzar la pubertad, si bien las distintas escuelas han fijado ese momento con distintos criterios: entre los *sunníes* el límite de edad mínima es de quince años para el varón y doce para la mujer, mientras que entre los *shííes* es de doce años para el varón y nueve para la mujer. A esto hay que añadir que las diferentes legislaciones establecen, con mayor o menor rigor civil, límites de edad superiores (así, veinte y diecisiete años respectivamente en el Código Tunecino del Estatuto Personal; dieciocho para ambos contrayentes en el Código de Familia Marroquí de 2004; o diecinueve en el Código Argelino de 2005). Esta normativa estatal se superpone a la *Sharia* o ley islámica sin invalidarla, si bien complicará el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio que la incumple. En cualquier caso, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, la falta de edad suficiente es dispensable. Esta dispensa es otorgada por los representantes legales, que deben prestar el consentimiento matrimonial en lugar de los contrayentes. No obstante, se trata de una regla que algunas legislaciones matizan, exigiendo declaración judicial.

En cuanto a los impedimentos, a grandes rasgos se puede hablar de impedimentos temporales y permanentes⁵, si bien es más interesante, para los ojos occidentales, hacer referencia a las peculiaridades de algunos de estos impedimentos. Así, el impedimento de parentesco alcanza tanto el parentesco de sangre, como el de leche, la adopción (si bien ésta no existe como tal, sino que se asemeja más a figuras como el acogimiento) y la afinidad colateral (prohibición de celebrar matrimonio con dos hermanas simultáneamente). Dentro de los impedimentos temporales, destacan los derivados de la obligación que se impone a la mujer de guardar ciertos períodos de continencia, y el que proviene de

1 ACUÑA, S. y DOMÍNGUEZ, R., “El Estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el derecho islámico”, en VV.AA., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, coord. MOTILLA, A., Córdoba, 2003, p. 27 y ss.

2 LABACA ZABALA, M.L., “El matrimonio polígamo islámico”, en *vLEX*, <http://vlex.com/vid/346006>, 2006. URIBE, S., “La familia islámica”, en *WebIslam*, www.webislam.com/?id=3540, 1997.

3 ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *cit.*, pp. 33-34, explican cómo la tendencia más generalizada ha sido considerarlo análogo a la compraventa, comparando la dote con el precio que el marido ha de pagar por el uso de la mujer. En la n. 23 señalan que esta argumentación se originó en unas circunstancias sociales muy alejadas de las actuales, y que hoy día no es de recibo tal interpretación: “Parece, pues, que desde una óptica feminista podríamos decir que la dote se entrega con una función indemnizatoria”. Sin embargo, no parece la opción más conforme con la ley coránica, dado que, como pone de manifiesto LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*, “el matrimonio se perfeccionará entre el varón si es púber y tiene aptitud efectiva para consumir el matrimonio y el tutor de la mujer, con lo que ella será el objeto del contrato”.

4 ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *cit.*, p. 45.

5 ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *cit.*, pp. 47-51.



un triple repudio (el varón que ha repudiado por tres veces a su esposa, no se podrá casar con ella de nuevo hasta que se haya disuelto el vínculo de ésta con otro hombre). También se puede considerar un impedimento temporal el de diferencia de cultos que, como es sabido, resulta mucho más estricto para la mujer que para el hombre. Pero, sobre todo, llama la atención que la formulación de los impedimentos se hace refiriéndose sólo a los que afectan al varón; esto es así porque en el matrimonio islámico la iniciativa parte exclusivamente del hombre, mientras que la mujer mantiene una actitud completamente pasiva.

Dentro de los requisitos de capacidad merece especial atención, como es lógico, el tratamiento del vínculo previo. La poligamia es aceptada en el Corán, que permite al varón casarse con hasta cuatro mujeres, siempre y cuando pueda mantenerlas y tratarlas equitativamente⁶; más allá de este límite, no estaremos ante matrimonio sino ante concubinato. Debemos tener en cuenta, no obstante, que la tendencia de muchas legislaciones va encaminada a la supresión de la poligamia, o, cuando menos, a su limitación. Así, Túnez expresamente la prohíbe (art. 18 del Código del Estatuto Personal) y Marruecos permite a la mujer que, en el contrato matrimonial, imponga una cláusula de monogamia (art. 40 del Código de Familia); y, aun en el caso de que no se haya incorporado dicha estipulación, el posterior matrimonio de su esposo será causa de divorcio que ella podrá invocar.

Una vez que se ha constatado la capacidad de los contrayentes, procede manifestar el consentimiento matrimonial. Conforme a la *Sharia*, es preceptivo que el de la mujer sea emitido por un varón, el llamado tutor matrimonial o *walí*; se aplica esta norma a todas las mujeres, hasta el punto de que la tutora de una menor de edad tendrá que delegar el otorgamiento del consentimiento al matrimonio de su pupila en un varón. Se entiende que el *walí* es un mero mandatario que no puede actuar contra la voluntad de la

mujer; sin embargo, es una práctica extendida y confirmada por la tradición islámica que, si el *walí* es padre o abuelo de la casadera, podrá prestar el consentimiento matrimonial incluso contra la voluntad de su representada menor de edad o, si ya es púber, cuando no ha perdido la virginidad (aunque haya estado casada previamente). Esta tradición, no obstante, es rechazada ya por las legislaciones más avanzadas, como son el Código de Túnez y el marroquí de 2004. Aquél dispone claramente que el matrimonio se contrae por el consentimiento de ambos esposos (art. 3), y que el hombre y la mujer pueden concluir el contrato matrimonial por ellos mismos o por mandatario (artículo 9); con estas disposiciones coloca a los cónyuges en pie de igualdad en cuanto a capacidad y convierte al *walí* en una figura potestativa. En cuanto al Código de Familia de Marruecos, declara que en ningún caso el *walí* tiene derecho de coacción matrimonial, y lo convierte, además, en una figura potestativa cuya utilización es un derecho de la mujer mayor de edad, que podrá prestar el consentimiento por sí misma o hacer que la represente su padre (artículos 24 y 25).

Otro elemento esencial del matrimonio musulmán es la dote, cuyo fundamento ha sido largamente discutido. Se ha argumentado por los juristas islámicos pretéritos que es el precio que el marido ha de pagar por el uso de la mujer⁷, si bien las razones que actualmente se consideran más adecuadas justifican la dote por su virtualidad como obstáculo para el ejercicio arbitrario del repudio, así como para asegurar el mantenimiento de la esposa en caso de disolución del matrimonio (pues la mujer tras la ruptura matrimonial y transcurrido el período de retiro legal no tiene derecho a ser mantenida)⁸. La dote es una cantidad de dinero o bienes que el novio debe entregar a la novia para obtener su aceptación a la propuesta matrimonial. El contrato matrimonial debe contener necesariamente las cláusulas que identifiquen la dote y todos sus elementos: cuantía, canti-

6

Sura IV, Aleya 3: “Y si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces casaos con [otras] mujeres que os sean lícitas: dos, tres o cuatro; pero si teméis no ser capaces de tratarlas con equidad, entonces [sólo] una o [con] aquellas esclavas que sean de vuestra propiedad. Esto hará más probable que no os desviéis de la rectitud”.

7

Vid. núm. 3.

8

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, cit., p. 39; como excepción, Túnez, vid. n. 18. A la vista de la existencia del repudio por compensación, en el que la mujer puede pedir la disolución del vínculo sin alegación de causa pero con devolución de la dote, podríamos decir que el régimen de ésta se asemeja al de unas arras que estuvieran garantizando la obligación de procurar la perpetuidad del vínculo: si es el varón quien incumple y disuelve el matrimonio, perderá las “arras” entregadas, mientras que, si es la mujer, deberá devolver las recibidas. De todos modos, esta argumentación no sirve para explicar la función de la dote en los matrimonios temporales, en los que más parece que estamos ante un pago por el derecho de “uso” de la mujer.

9

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, cit., p. 41.

10

“Y a aquellas con quienes deseáis disfrutar en matrimonio, dadles la dote obligatoria; pero no incurriréis en falta si, después de [haber acordado] esta obligación legal, decidís de mutuo acuerdo algo [distinto]”.

11

Así, AYA, A., “¿Por qué sólo el hombre tiene derecho al repudio?”, en *WebIslam*, www.webislam.com/?idt=5306, 2006, que trata de defender la igualdad entre hombre y mujer en su derecho a



dad que se entrega a la celebración del matrimonio (*nacá*) y cantidad que se aplaza hasta la extinción del matrimonio (*cali*), forma de pago, etc. La dote no puede ser irrisoria, sino que se trata de una garantía para la esposa, y se requiere que sea proporcionada, determinada, efectiva y real.

Finalmente, es un requisito formal imperativo la publicidad del matrimonio a través de dos testigos, musulmanes y varones (aunque algunos sectores han suavizado esta exigencia permitiendo que también las mujeres puedan desempeñar esta función)¹². Sin embargo, actualmente la mayoría de legislaciones civiles de los Estados islámicos han introducido la exigencia de que se celebre el matrimonio ante una autoridad religiosa y que, posteriormente, sea inscrito en un registro público establecido al efecto.

El vínculo que forma el matrimonio musulmán, como sucede con el matrimonio civil español, tiene vocación de permanencia pero es disoluble. No obstante, cabe la posibilidad, admitida por la escuela *shii*, de matrimonios temporales o *mut'a*, fijándose un plazo y una compensación económica. La base jurídica para admitirlos está en la Sura IV, Aleya 24¹³, texto que establece como contenido mínimo del contrato matrimonial la regulación de la dote, admitiendo como válidos cualesquiera otros pactos entre los contrayentes. Frecuentemente este tipo de matrimonios temporales, también denominados “de placer”, son una forma de prostitución legal; de hecho, se justifica su existencia como medio para que el varón pueda mantener relaciones sexuales al margen del matrimonio ordinario, sin incurrir en falta moral. En Irán, por ejemplo, se admite el matrimonio temporal concertado por un plazo no inferior a veinticuatro horas y no superior a noventa y nueve años; el Código Jordano de Estatuto Personal, por su parte, considera el matrimonio temporal como meramente anulable (artículo 33.6^o).

Fuera del supuesto antedicho del matrimonio *mut'a*, el vínculo se disuelve por muerte de alguno de los cónyuges, por repudio y por divorcio.

La distinción entre estas dos instituciones no es sencilla ni pacífica; de hecho, hay autores dentro del mundo islámico que niegan la adecuación del término “repudio”¹⁴ y, por otra parte, hay legislaciones que, como la argelina, sólo hablan de divorcio, aun incluyendo dentro de sus términos lo que en castellano entendemos como repudio. Técnicamente podríamos diferenciar estas dos clases de disolución en función de la existencia o no de intervención judicial¹⁵; sin embargo, consideramos más interesante para nuestra exposición clasificarlas atendiendo a la exigencia o no de causa justificada en función del sujeto que tiene la iniciativa. Hablaremos, pues, de mecanismos que no precisan alegación de causa específica que corresponden al varón y a la mujer, y de mecanismos causales¹⁶.

Dentro de las posibilidades de ruptura del vínculo sin alegación de causa, el hombre tiene a su favor el repudio extrajudicial clásico o unilateral. Éste, a su vez, puede ser revocable o irrevocable; el primero es un repudio que no lleva aparejado inmediatamente el efecto disolutorio, sino que se permite un plazo de reflexión, transcurrido el cual sin reconciliación¹⁷ la ruptura es definitiva. El repudio irrevocable presenta dos modalidades en la tradición islámica:

a

Un método largo de disolución, que exige tres formulaciones de repudio revocable realizadas cada una tras el preceptivo período de pureza. Aunque de hecho la disolución del matrimonio se produce tras el último repudio, trae causa del primero¹⁸.

b

Un método irregular, contrario al espíritu de la *Sharia* (que sólo regula el expuesto en el apartado anterior), consistente en la pronunciación por el marido de tres fórmulas repudiatorias en un solo acto. Es, en realidad, la fórmula más extendida, por el respaldo jurisprudencial que ha tenido.

A la mujer, por su parte, también se le reconoce la posibilidad de solicitar

tomar la iniciativa para la disolución del vínculo, si bien no compartimos su argumentación ni sus conclusiones, dado que se advierte con claridad que a la mujer sólo le es posible obtener el divorcio ante los tribunales (salvo que hayan pactado en el contrato matrimonial la facultad de ejercer el repudio por delegación del marido y a cambio de una compensación).

12

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *o.c.*, p. 58, nos ofrecen la siguiente distinción: “la denominación repudio designa aquellos supuestos disolutorios «impuestos» unilateralmente o provenientes de uno sólo de los cónyuges o producidos por acuerdo mutuo de los cónyuges, mientras que la de divorcio integra aquellas otras formas de ruptura del vínculo que se generan por determinación judicial”.

13

Haremos referencia a los supuestos considerados en general, a partir de la tradición islámica, sin referirnos a las legislaciones de Estados concretos. Sí hay que decir, no obstante, que Túnez se coloca a la cabeza del mundo islámico en cuanto a la progresiva equiparación de sexos en esta materia.

14

Aunque la palabra reconciliación no parece la más apropiada, puesto que la reanudación de la vida en común es voluntad del esposo, que no requiere el consentimiento de la mujer.

15

En realidad, más que un método de repudio, parece una norma prevista para proteger a la mujer de la utilización arbitraria y abusiva del repudio revocable: el esposo no podrá usar de ese derecho más de tres veces. Es más, tras el tercer repudio, se le prohíbe CONTRAER matrimonio de nuevo con la que fuera su esposa, a no ser que ésta vuelva a casarse y, consumado su nuevo vínculo, enviude o sea repudiada irrevocablemente.



la disolución del vínculo matrimonial sin alegación de causa. Para ello se arbitran dos mecanismos:

a

El repudio ejercido por la propia mujer, cuando el esposo le otorgó tal facultad en el contrato matrimonial, a cambio de una compensación¹⁶.

b

Una variante del anterior, el denominado repudio *khol* o *jul'*, más conocido en el mundo occidental como “repudio por compensación”, conforme al cual la mujer acude al tribunal para exigir la disolución del vínculo, a cambio de la devolución de la dote¹⁷.

Fuera de estos casos, se puede acudir al divorcio por causa legal, que será declarado siempre por un tribunal¹⁸.

2. PUNTOS CONFLICTIVOS ENTRE LOS MATRIMONIOS ISLÁMICOS Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A

Determinación de la ley aplicable

El ordenamiento jurídico español entra en relación con matrimonios islámicos de dos maneras: o bien *ab initio* de los mismos, cuando las personas contrayentes escogen celebrar su matrimonio en España conforme a lo dispuesto en el Acuerdo de Cooperación¹⁹; o bien a través de las normas de Derecho Internacional Privado, las cuales entran en juego al tratar de buscar el reconocimiento en España de matrimonios celebrados en países musulmanes, o los efectos de los mismos y su disolución. En cualquiera de los dos casos, lo primero que llama la atención son las dificultades en determinar la ley aplicable.

Para empezar, no hay en Derecho Internacional Privado español una ley única aplicable al matrimonio internacional; por el contrario, existen normas de conflicto que determinan separadamente la ley aplicable a la capacidad matrimonial, al consentimiento matrimonial y a la forma de

celebración del matrimonio. La capacidad se rige, en aplicación del artículo 9.1 del Código Civil, por la ley nacional de las personas contrayentes²⁰. En cuanto al consentimiento, CARRASCOSA GONZÁLEZ²¹ señala que la doctrina está dividida:

a

hay quienes sostienen que el consentimiento matrimonial es una cuestión de fondo y, que como tal, debe regirse por la ley del foro (opción que, a decir del autor citado, carece de sustento legal);

b

otros entienden que, por ser una cuestión que afecta al estado civil de las personas, debe regirse por la ley personal de los contrayentes. Este segundo argumento es predominante en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado²². Por lo que se refiere a la forma del matrimonio, la regla general es la aplicación de la *lex loci celebrationis* o bien la ley personal de cualquiera de los contrayentes²³.

Siendo esto así, observamos que, sin embargo, la mayor parte de la bibliografía consultada se refiere al derecho musulmán en general, es decir, el derivado de la *Sharia*²⁴. Dentro del campo dogmático parece una remisión lógica, dado que se trata de explicar a grandes rasgos las características comunes del matrimonio en el mundo islámico, pero la aplicación práctica es más peliaguda. Acabamos de ver cómo nuestro ordenamiento considera ley personal a la de la nacionalidad: así las cosas, es obvio que la ley personal de un tunecino será la de Túnez y la de un egipcio la de Egipto; no obstante, ambos son Estados islámicos que incorporan dentro de su ordenamiento, la Ley coránica²⁵. El juez o jueza, persona encargada del registro español, ¿hasta qué punto está obligado a aplicar la *Sharia*²⁶? ¿Qué hacer cuando un matrimonio se alega es válido para la ley personal de los esposos, porque cumple los requisitos de la Ley coránica, pero irregular civilmente por no haber cumplido alguna determina-

16

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *o.c.*, p. 63, señala que “no se trata de un repudio por mutuo acuerdo, que también puede darse, sino que estamos ante un nuevo supuesto de disolución unilateral”, explicando en n. 85 que se denomina *mubarat* a la repudiación por mutuo consentimiento, en la que la renuncia al vínculo matrimonial es recíproca. Según AYA, *o.c.*, este derecho a la disolución del matrimonio por voluntad de la mujer y sin dar explicaciones, recogido en el contrato matrimonial, se denomina *isma*.

17

GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, C., “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento”, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUÍZ, E., Madrid, 2004, pp. 411-426, sólo habla, en la p. 413 de esta segunda modalidad. En realidad, entre este supuesto y el anterior (repudio de la mujer ejercido por delegación) hay una clara conexión, pues requieren un sacrificio patrimonial de la mujer y se apoyan ambos en las palabras del Profeta, como pone de manifiesto AYA, A., *o.c.*: “Este tipo de divorcio tiene claro reflejo en la *sunna* del Profeta: La esposa de Zābit bin Qais –Yasmina– fue al Mensajero de Al-láh y dijo: «¡Oh Mensajero de Al-láh! Yo no reprocho a Zābit por cualquiera de los defectos en su carácter o práctica religiosa, sino que no puedo soportar vivir con él». A lo que el Mensajero de Al-láh respondió: «¿Le devolverías el jardín que te regaló?» Ella contestó: «Sí» y el Profeta los separó (Al-Bujari)”. En cualquier caso, estamos con GARCÍA-VASO en que se trata de una solución para la mujer que dispone de recursos económicos.

18

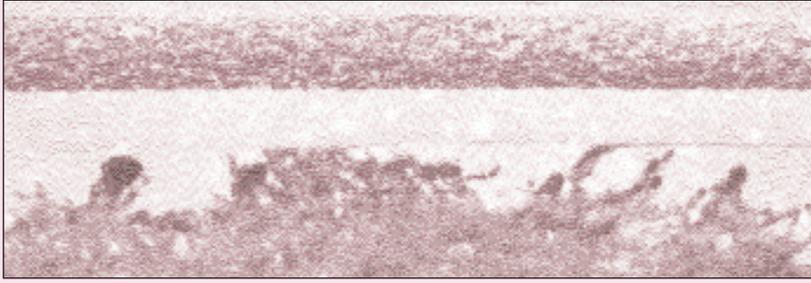
Es preciso señalar que, en el Código tunecino, el divorcio es la única forma de disolución del vínculo, pudiéndose obtener por mutuo consentimiento de los esposos, o a petición de uno, bien de manera causal (en razón del perjuicio sufrido), bien sin alegación de causa. En el supuesto de divorcio por petición de uno sólo de los cónyuges, se impone la reparación del perjuicio moral o material sufrido por uno u otro cónyuge como consecuencia del divorcio y, por lo que se refiere a la mujer, se dispone que el perjuicio material se repare en forma de renta mensual vitalicia, salvo que deje de necesitarla o contraiga nuevo matrimonio. Se trata de una prestación similar a la pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 del Código Civil español.

19

Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España de 10 de noviembre de 1992 (BOE 12/11/1992), en adelante, simplemente Acuerdo.

20

En cuanto a la ley nacional como rectora de la capacidad, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Celebración del matrimonio en casos internacionales y constitución de parejas de hecho en casos internacionales”, en *vLEX*, <http://vlex.com/vid/288696>, 2006: “No existe en DIPr. español una norma específica que señale la Ley aplicable a la capacidad matrimonial. Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia indican que la capacidad matrimonial es un aspecto particular de la «capacidad». Por ello, el art. 9.1 CC es aplicable y la Ley reguladora de la capacidad matrimonial debe ser la Ley nacional de cada contrayente en el momento de la celebración del matrimonio”.


21

 CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*
22

Así, la resolución de la DGRN de 29 de junio de 2005 considera que “dentro de la categoría de «capacidad matrimonial» se engloban, además de la capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial, la ausencia de impedimentos matrimoniales”.

23

Art. 50 Código Civil.

24

Pudiera decirse que la confusión entre ley personal y ley islámica lleva a algunos autores (entre ellos, ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El Estatuto...”, *cit.*, p. 42) a plantearse que el Acuerdo, al imponer la celebración del matrimonio ante una autoridad religiosa, está vulnerando el principio de libertad religiosa en aras de la seguridad jurídica. No podemos estar conformes con semejante conclusión, pues, como señala BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el derecho internacional privado español”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 110, 2004, pp. 425-477, si bien la *Sharia* y la tradición islámica no requieren presencia de autoridad ninguna, “la práctica en la mayoría de los países musulmanes es que el matrimonio se celebra por una autoridad religiosa o una autoridad civil con connotaciones religiosas”. Siendo esto así, el Acuerdo no está exigiendo nada que repugne a la mentalidad religiosa islámica, puesto que la propia regulación civil de los países musulmanes (impregnada, como se ha dicho, del espíritu del Corán, cuyo contenido es para ellos vinculante) extiende la exigencia de emisión del consentimiento ante persona revestida de autoridad. Por ello, lo único que hace el Acuerdo es unificar (aunque con criterios que quizá no hayan sido muy afortunados) las características que debe reunir esa autoridad religiosa en cuestión, para que su intervención tenga reconocimiento en España.

25

Ambos países son Estados miembros de la Conferencia Islámica, que en 1990 aprobó la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, documento que proclama constantemente el poder normativo vinculante de la *Sharia*. Entre otras cuestiones, la *Sharia* regula el contenido de la patria potestad (artículo 7.c), la capacidad (artículo 8), la libertad ambulatoria (artículo 12), la ganancia económica mínima (artículo 14), la confiscación de bienes (artículo 17), el contenido y aplicación del derecho penal (artículos 19 y 20), los límites de la libertad de expresión (artículo 21), etc. Además, el artículo que cierra la declaración establece que “la *Sharia* islámica es la única fuente de referencia para la aclaración o interpretación de cualquiera de los artículos del presente documento”.

26

Se podría incluso aventurar la posibilidad de considerar contrario al orden público español el aplicar un ordenamiento claramente confesional, dado que nuestra Constitución proclama la aconfesionalidad del Estado.

27

En algunos de estos Estados, como el Líbano, el Código de Estatuto Personal prevé diferentes reglas en función del credo de los sujetos; la *Mudawwana* marroquí, por su parte, excluye de la aplicación de sus preceptos a los judíos marroquíes, que tienen su propio código de estatuto personal; en la mayor parte, el código de familia vincula a todos. La Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre, llevada a cabo en Londres en 1981 por el Consejo Islámico de Europa (organismo integrado por eruditos y juristas representantes de los movimientos y corrientes del pensamiento islámico), considera, tal y como pone de manifiesto JORDÁN VILLACAMPA, M.L., “Reflexiones en torno a la justicia islámica y al Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España”, en VV.AA., *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, Barcelona, 1996, pp. 696-706, “que en un país musulmán las minorías religiosas deben poder elegir, para solucionar sus asuntos cívicos y personales, entre la ley islámica y sus propias leyes”. Esta intención, loable desde el punto de vista de los valores occidentales, que consideran un yugo la ley islámica (especialmente para la mujer), no parece aceptable desde la perspectiva jurídica. En efecto, si las instituciones y Estados europeos admitiesen esta postura, estarían propugnando la creación de un derecho personalista y estatutario por razones religiosas en los países islámicos; entonces, ¿con qué justificación se podría rechazar la pretensión de un estatuto personal de las minorías musulmanas en Europa? No, desde luego, por razones de orden público, pues tan contrario para el orden público de un Estado islámico puede ser la igualdad de la mujer cristiana como para el nuestro la inferioridad de la musulmana. Y lo que parece muy claro es que Occidente no se puede permitir la creación de leyes de aplicación personal por razones religiosas, pues estaría vulnerando su propia esencia como civilización (al menos desde la Revolución Francesa a esta parte), amén de sus ordenamientos constitucionales.

28

BLANCO LÓPEZ, J., “La celebración del matrimonio en el derecho internacional privado español tras la reforma llevada a cabo por la ley 13/2005, de 1 de julio”, en *vLEX*, <http://vlex.com/vid/362198>, 2007.

29

Ex artículo 15 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957.

da exigencia? Todo ello sin entrar en los problemas que pueden plantear los distintos regímenes jurídicos aplicables a las minorías religiosas nacionales de los países islámicos²⁷.

Obviamente, en el caso de la celebración en España del matrimonio en forma religiosa islámica conforme al Acuerdo, el problema rara vez se plantea, dado que el artículo 7 de dicha norma obliga a los contrayentes a reunir los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil español y, aunque nada se dice en el Acuerdo acerca del consentimiento, debemos entender que el encargado del Registro exigirá que sea libre, como cuestión de orden público (lo cual no tiene por qué estar reñido, como veremos, con la intervención del mandatario de la mujer). Sin embargo, la ley personal sí regulará los efectos del matrimonio, los derechos sucesorios de los cónyuges y las relaciones paterno-filiales, lo cual dará lugar a no pocos problemas de interpretación y aplicación de las normas.

En cambio, cuando nos encontramos ante el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero, se suscita la cuestión de verificar si sus elementos chocan o no contra el orden público español. Nuestro Código Civil omite este supuesto, de modo que, como expone BLANCO LÓPEZ²⁸, “sólo de manera indirecta aparece contemplado, en el artículo 11.1.º CC, relativo a la forma de los actos en general, al establecer que, «las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorgan»”. Así pues, “en base a dicho precepto habría que concluir afirmando que estos matrimonios serán válidos en España y, en general, en todos los demás Estados, si se celebró de acuerdo con la ley del lugar de celebración”. Esto supone que el reconocimiento del matrimonio celebrado entre extranjeros y extranjeras y en el extranjero se realiza de forma automática, y sólo a *posteriori*, cuando se deba inscribir en el Registro Civil español algún hecho derivado del mismo, se procederá a analizar la compatibilidad del matrimonio en cuestión con el orden público²⁹.

B

El consentimiento matrimonial: intervención del *walí*

Como veíamos al principio, una de las características fundamentales del matrimonio



islámico en general (negado o mitigado en algunas legislaciones, como Túnez o Marruecos), es la peculiar forma de prestación del consentimiento de la mujer, a través del *walí*. Es una figura a la que no se hace ninguna referencia en el Acuerdo. Dado que nuestro propio ordenamiento admite la prestación del consentimiento a través de un mandatario³⁰, es obvio que la exigencia islámica del tutor matrimonial en principio no tiene por qué ser contraria al orden público español. ¿Por qué el Acuerdo no lo contempla, entonces, dentro del artículo 7?

ACUÑA y DOMÍNGUEZ³¹ consideran que en la base de tal omisión pueden estar dos cuestiones: “de una parte, la desigualdad clara y evidente en la posición de los cónyuges que se pone de manifiesto al ser sólo la mujer quien requiere de un tercero para ejercer su *ius connubii* y, de otra, la escasa garantía que dicho modelo nos ofrece en orden a la constancia de que el consentimiento haya sido emitido libre y voluntariamente”. Sin embargo, disipan fácilmente tales dudas: en primer lugar, sostienen que el silencio respecto al *walí* no impide su presencia en la celebración del matrimonio; en cambio, una prohibición hubiera atentado contra la libertad religiosa de la propia mujer, que movida por sus sentimientos religiosos y su autonomía, escoge esa forma de celebración. Este argumento no nos convence del todo, dado que presumir la igualdad y autonomía plena de la mujer musulmana a la hora de elegir la forma en que decide casarse es obviar las inevitables circunstancias de presión social y familiar a que puede estar sometida.

En cuanto a la posibilidad de coacción del consentimiento matrimonial, ciertamente estamos de acuerdo con las autoras citadas en que “tampoco la emisión personal y directa del consentimiento matrimonial es garantía plena de que se emite con las condiciones de libertad y conciencia que su validez requiere”³². Sin embargo, de nuevo consideramos un tanto ligera la idea que exponen a continuación, pues sostienen que la intervención del

mandatario resulta más garante de esa libertad. Para explicar esta idea, dan por hecho que la representación se conferirá mediante poder especial, como en el caso del artículo 55 de nuestro Código Civil; pero, como resulta que se aplica la forma islámica de celebración, no hay mecanismo que permita obligar al otorgamiento de una escritura pública, puesto que nada exige al efecto el credo musulmán.

En cualquier caso, la licitud de la intervención del tutor matrimonial queda sujeta a un interrogante desde que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha empezado a rechazar, alegando la excepción de orden público internacional, la aplicación de leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos³³. Este criterio da la sensación de que pretende salir al paso de las dudas generadas por la intervención del *walí* en los matrimonios celebrados en el extranjero conforme al rito musulmán. Ahora bien, si se puede considerar contrario al orden público internacional que la mujer no preste el consentimiento por sí misma, ¿no habrá de operar dicho criterio también cuando se trata de aplicar el Acuerdo? Dicho de otro modo: al amparo de la libertad religiosa, ¿se debe permitir la intervención de tutor matrimonial en los matrimonios celebrados en España conforme al Acuerdo, cuando se está empezando a invocar la excepción de orden público internacional en esta cuestión a los celebrados en el extranjero? No olvidemos que la Ley Coránica que subyace en la regulación que del matrimonio hacen los países islámicos es la misma que se aplica al rito religioso. De todos modos, es posible que no exista una respuesta categórica, sino que cada situación deba ser analizada cuidadosamente, teniendo en cuenta todas las circunstancias que permitan determinar si la intervención del *walí* encubre una coacción matrimonial o es una mera fórmula ritual sin mayor trascendencia.

30

Artículo 55 del Código Civil.

31

ACUÑA, S. y DOMÍNGUEZ, R., “El matrimonio islámico en el acuerdo con el Estado español de 1992”, en VV.AA., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, coord. MOTILLA, A., Córdoba, 2003, p. 119 y ss., p. 130.

32

ACUÑA y DOMÍNGUEZ, “El matrimonio...”, *cit.*, p. 131.

33

La resolución de la DGRN de 29 de junio de 2005 dice que “se ha rechazado la aplicación de la Ley extranjera alegando excepción de orden público en los siguientes casos:

- (a) Leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (cfr. Resoluciones de 14 de diciembre de 2000 y 4-7^a de diciembre de 2002, entre otras);
- (b) Leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las Leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán (cfr. Resoluciones de 7 de junio de 1992 y 10-1^a de junio de 1999);
- (c) Leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España (vid. Resolución de 24-3^a de enero de 2005);
- (d) Leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (vid. a sensu contrario Resolución de 15-3^a de junio de 2004);
- (e) finalmente, se ha de añadir a esta lista la cita de la reciente Resolución de este Centro Directivo de 7-1^a de julio de 2005 relativa a las Leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos”.



C

La poligamia

El derecho islámico prohíbe el matrimonio de la mujer con más de un varón pero, sin embargo, permite el matrimonio del varón con hasta cuatro esposas a la vez³⁴, si bien es cierto que esto dependerá de la capacidad del varón para mantenerlas³⁵ y que la tendencia en la mayor parte de las legislaciones es limitarla e incluso prohibirla, como vimos al principio³⁶. Como bien señala LABACA ZABALA³⁷, “el matrimonio polígamo es una de las singularidades que derivan del Derecho islámico que más directamente contrasta con los principios y valores de los ordenamientos occidentales, así también, con nuestro ordenamiento”, pues “en la legislación de los países occidentales, la monogamia en el ámbito matrimonial se constituye en uno de los elementos esenciales del mismo, cuya vulneración se considera contraria al orden público”. Así lo demuestra, por lo que se refiere a España, la reiterada aplicación de la cláusula de orden público por parte de la Dirección General de los Registros y el Notariado para denegar eficacia directa a los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero (aunque, como veremos, sí pueden tener ciertos efectos atenuados), así como para denegar el matrimonio civil a personas vinculadas en un matrimonio anterior³⁸. Esta excepción de orden público opera, por tanto, para impedir la inscripción de un matrimonio polígamo, “que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio”³⁹.

Ahora bien, los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero, si bien no son inscribibles, sí pueden desplegar ciertos efectos. Así se desprende de algunas resoluciones de la DGRN (v.gr., de 03/12/1996 y 20/02/1997), conforme a las cuales, a pesar de negarse la inscripción del matrimonio, “no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio pueda producir para el ordenamiento español”.

Esto abre la posibilidad de reconocerles, por analogía, los efectos previstos por el Código Civil, en su artículo 79, a los matrimonios putativos. Con mayor claridad lo expresa la resolución de la DGRN de fecha 10/07/1996: “*El hecho de que ese matrimonio no pueda ser inscrito en el Registro Civil [...] no ha de impedir, conforme a los artículos 61 y 79 del Código Civil, que el matrimonio islámico haya de surtir al menos, los efectos del matrimonio putativo y, por tanto, siempre el carácter de la filiación matrimonial del menor, cuya inscripción, y mediatamente, su filiación se pretende rectificar, al existir una apariencia objetiva de celebración de matrimonio y demás requisitos mínimos que deben exigirse para la existencia del llamado matrimonio putativo*”.

Este criterio es de gran importancia, pues los casos de matrimonios polígamos que llegan a conocimiento de las autoridades no sólo son solicitudes de inscripción, de autorización para contraer matrimonio en España y de reconocimiento de sentencias extranjeras sobre disolución del vínculo. En efecto, destacan en los últimos tiempos los siguientes supuestos, de contenido claramente económico:

a

solicitud de reclamación al INSS de la pensión de viudedad por parte de dos mujeres, legítimas esposas de un musulmán fallecido, según su ley personal, todos de religión musulmana; y

b

de pensión de orfandad para los hijos habidos con las dos mujeres⁴⁰.

Opinamos, junto a LABACA ZABALA⁴¹, que “estas uniones convivenciales son también unidades familiares y a las mismas debe concederles el ordenamiento jurídico protección, más aún cuando las mismas están integradas por sujetos desprotegidos, esposas sucesivas e hijos e hijas habidos de estas uniones”. Por tanto, en aplicación de los artículos 39 y 14 de la Constitución Española, es necesario admitir ciertos efectos a los matrimonios polígamos, en la medida en que

34

Poligamia en su modalidad de poliginia. MOTILLA, A., “Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica”, en VV.AA., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, coord. MOTILLA, A., Córdoba, 2003, p. 145 y ss., p.156.

35

Vid. núm. 8. LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*, pone de manifiesto que una de las críticas que se han hecho a las cláusulas de autorización o permisivas de la poligamia es que “sólo permite este derecho a los ricos”.

36

Vid. capítulo I, “Características del matrimonio islámico”.

37

LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*

38

Aunque la existencia de vínculo previo debe probarse, no bastando la mera sospecha para aplicar la cláusula de orden público. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *o.c.*, recoge una serie de casos tratados por la DGRN ilustrativos de esta afirmación. En concreto, la resolución de 28/09/2001 dice textualmente que la “sola sospecha no debe bastar por sí sola para coartar un derecho fundamental de la persona como es el *ius nubendi*”.

39

Vid. resoluciones de la DGRN de 03/12/1996, 20/02/1997, 10/06/1998.

40

LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*

41

LABACA ZABALA, “El matrimonio...”, *cit.*



se trata de situaciones de hecho cuyos miembros no pueden quedar desamparados.

Ahora bien, este principio de igualdad parece quebrar en el caso del reagrupamiento familiar. Es un derecho de todo extranjero que resida legalmente en España, consistente en la posibilidad de que se reúnan con él los miembros más próximos de su familia, residentes en el extranjero, en condiciones más favorables que las aplicadas al resto de extranjeros⁴². La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social limita el ejercicio de este derecho a una sola esposa y a las hijas e hijos habidos con ella; con esto, según MOTILLA⁴³, se reconoce implícitamente al varón el derecho de elegir la esposa que podrá solicitar la residencia por reagrupamiento; según este autor, es una “situación paradójica la de nuestro Derecho y la de otros Derechos europeos que siguen el Reglamento sobre extranjería de la Unión Europea de 1996, por cuanto se rechaza la institución de la poligamia por vulnerar la igualdad entre los sexos pero consolidan la situación discriminatoria frente a la mujer, al otorgar al varón la potestad, con efectos jurídicos, de elegir entre las esposas”. No estamos del todo conformes con esta afirmación, pues una interpretación lógica con el resto del ordenamiento jurídico debe llevar, necesariamente, a permitir la reagrupación sólo con la primera esposa, ya que el suyo es el único matrimonio válido para el ordenamiento español.

Lo antedicho no obsta para que consideremos deficiente la regulación europea de esta figura. En efecto, la Directiva 2003/86, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, declara en su Considerando 11 que el mismo “debe ejercerse en el debido respeto a 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 y niñas, respeto que justifica que se opongán medidas restrictivas a las solicitudes de

reagrupación familiar de familias poligámicas”. Esta afirmación lo que hace es sentar las bases legales de una discriminación entre los descendientes de distintos matrimonios y sus correspondientes madres, imponiendo que sólo la primera esposa y su descendencia tienen derecho a ser respetados. Las siguientes esposas (no lo olvidemos, perfectamente legítimas en sus países de origen) y sus respectivas proles, sorprendentemente, no son consideradas dignas de recibir la protección y el trato no discriminatorio que las instituciones europeas predicán para la mujer y para la infancia en general.

En esta línea, LABACA ZABALA⁴⁴ estima que “el reagrupamiento familiar sólo tiene sentido en cuanto que procede de un deber de protección de la vida familiar del extranjero, derivado de un derecho fundamental, cuyo contenido esencial no puede desvirtuarse a raíz de su configuración legal”. Configuración que, según esta autora, engloba las relaciones afectivas (cónyuge, pareja de hecho) y las propiamente familiares (filación, parentesco y dependencia), de modo que, “si bien resulta prudente y lógico, en aras a la seguridad jurídica, que se determinen en las legislaciones promulgadas por los distintos Estados las personas reagrupables, esto no significa que se imponga al titular del derecho los parámetros de su vida afectiva y familiar”. Además de estar en franca contradicción con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵, vulnera lo dispuesto en el artículo 39 de nuestra Constitución, que impone a los poderes públicos la protección de la familia: “(...) teniendo en consideración que este precepto extiende dicha protección a las madres y su descendencia, sea cual sea su origen y estado civil (...) la limitación establecida por la persona que legisla ordinariamente en el desarrollo legal al prohibir el reagrupamiento familiar polígamo se constituye en una injerencia en la privacidad familiar protegida por el artículo 8 del Convenio de Roma, y no cumple con la protección que deben dirigir los poderes públicos a la familia”.

42

LABACA ZABALA, L., “La prohibición del reagrupamiento familiar polígamo en la legislación de extranjería: limitación legítima o ilegítima del legislador ordinario en el ámbito familiar”, en *vLEX*, <http://vlex.com/vid/235580>.

43

MOTILLA, *o.c.*

44

LABACA ZABALA, “La prohibición...”, cit.

45

Esta doctrina es tajante cuando considera que la relación de padres e hijos se constituye en un elemento fundamental de la vida familiar, de manera que cualquier medida que impida dicha relación se constituye en una injerencia en el derecho protegido en el artículo 8 del Convenio de Roma (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Por esta razón, LABACA ZABALA, “La prohibición...”, *cit.*, considera preponderante este derecho sobre la potestad de los poderes públicos para controlar la entrada y residencia de los extranjeros.

46

Vid. capítulo I, “Características del matrimonio islámico”.

47

MOTILLA, *o.c.*, p. 176.

48

Según CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*, hay que distinguir varias situaciones:

- (a) los divorcios acordados por autoridades públicas no judiciales (notarios, alcaldes, gobernadores civiles...), que, por ser resoluciones similares a sentencias, deben superar el *exequatur*;
- (b) los divorcios meramente visados por autoridades públicas, con respecto a los cuales el Tribunal Supremo considera que deben superar el *exequatur* (aunque el autor considera que esto es erróneo, puesto que no son resoluciones equivalentes a sentencias y deberían tramitarse por el procedimiento de reconocimiento de documentos públicos extranjeros); si bien rara vez lo obtienen, puesto que la autoridad no interviene con funciones constitutivas sino como fedataria, lo cual es considerado contrario al orden público español por el TS.
- (c) Por último, el divorcio privado puro, pactado sin intervención de ninguna autoridad. Estos divorcios no se contienen en decisiones extranjeras y, por tanto, no plantean problemas de validez extraterritorial de decisiones sino de derecho aplicable.

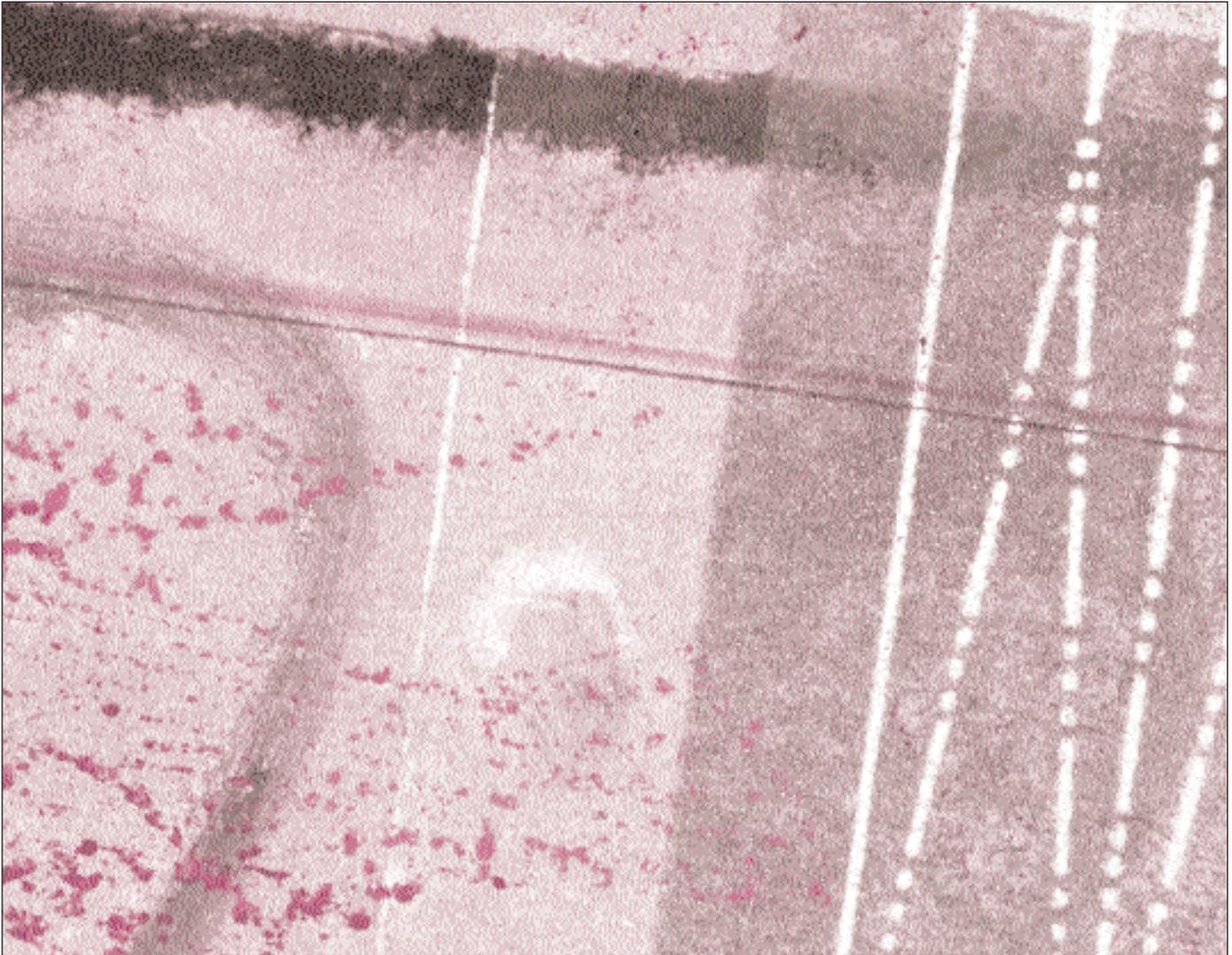
En consecuencia, “estos divorcios serán válidos si se acomodan a la Ley que rige el fondo del divorcio (art. 107.2 CC) y la forma de los actos (art. 11 CC), si bien el autor reconoce que “es una «victoria sin alas», porque al no constar en documentos públicos, estos divorcios no pueden acceder al Registro civil español, y no surtirán efectos constitutivos en España (art. 81 RRC)”.

49

GARCÍA-VASO, *o.c.*, p. 413.

50

Así, MOTILLA, *o.c.*, p. 177; GARCÍA-VASO, *o.c.*, pp. 414 y 424; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*



D El repudio

Las especiales características del repudio islámico, antes analizadas⁴⁶, llevan a que, inevitablemente, los tribunales occidentales mantengan encendida una permanente voz de alarma ante las solicitudes de reconocimiento de divorcios operados en el extranjero; o ante la pretensión de obtener la disolución del vínculo en Europa, pero aplicando la ley personal de los cónyuges ciudadanos de un país islámico. Como pone de manifiesto MOTILLA⁴⁷, el problema de admisión del repudio islámico no reside sólo en el hecho de ser un privilegio del varón casado, sino también en aspectos como su revocabilidad en ciertos casos, o su carácter de “divorcio privado”, sin intervención judicial⁴⁸.

Los principios de igualdad y de no discriminación por razón de sexo llevan a aplicar la cláusula de orden público internacional para rechazar la eficacia del repudio, por tratarse de un acto unilateral desvinculante del marido, del cual no puede hacer uso la mujer. Sin embargo, en torno a esta institución hay muchas incógnitas o “conflictos ocultos”, especialmente relacionados con la situación de la mujer repudiada. GARCÍA-VASO⁴⁹ define el problema con mucha claridad: “A la vista de las circunstancias descritas, algunas de las cuestiones que inmediatamente se plantean son las siguientes: ¿Cómo puede un país que no conoce la institución del repudio atender a los problemas planteados por el cambio que opera en el estado civil de los extranjeros residentes en el territorio? ¿Cabe reconocer efectos a

un repudio pronunciado en el extranjero? ¿Basta con que la institución sea contraria al principio de igualdad entre el hombre y la mujer para rechazar su eficacia o se requiere comprobar que el repudio produce un resultado inadmisibile para nosotros? ¿Cabe rechazar de plano todo repudio en favor de una función pedagógica del derecho aunque tuviera el efecto perverso de que la mujer repudiada viera limitada su capacidad nupcial?”. Por todo ello, buena parte de la doctrina⁵⁰ considera que la inadmisión del repudio islámico no debe atender tanto a razones de orden público en abstracto, como del resultado de la aplicación de la norma extranjera: sólo cuando tal efecto concreto sea contrario al orden público español, debe éste intervenir para negar eficacia al repudio.



Así, con CARRASCOSA GONZÁLEZ⁵¹ debemos distinguir varias situaciones:

a

En primer lugar, el repudio revocable, que vulnera el principio fundamental de la “estabilidad del estado civil” y por ello es contrario al orden público internacional español. Esta es la postura de la DGRN (resoluciones de 23/09/2000, 12/09/2002) y del TS (auto de 21/04/1998). Sin embargo, habría que analizar si puede ser una figura equivalente a la separación, al menos cuando la posibilidad de retomar la convivencia requiera el acuerdo de ambas partes. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, superado el plazo de retiro legal de la mujer, el repudio deviene irrevocable, con lo cual, si se solicita el reconocimiento una vez transcurrido dicho término, no se podrá aplicar esta consideración de orden público⁵².

b

En segundo lugar, el repudio marital clásico, que será contrario al orden público español cuando haya supuesto una vulneración de los derechos de defensa de la mujer a quien, habiendo querido defenderse en el proceso seguido en el país de origen, se le haya negado tal posibilidad. Sin embargo, cuando la mujer haya renunciado a sus derechos de defensa, haya solicitado ella misma ser repudiada y, además, sea ella la que inste el reconocimiento del repudio, no habrá infracción concreta del orden público español y será posible el *exequatur*⁵³. Lo mismo sucede con la resolución extranjera que acuerda un repudio por compensación incoado por la propia mujer⁵⁴.

c

Y, por último, opina el autor seguido en esta materia que, cuando el repudio comporta una situación de desprotección económica total de la esposa, la resolución que contiene dicho repudio es contraria al orden público internacional español.

Cuestión distinta es ver qué sucede cuando se pretende aplicar la ley extranjera que admite el repudio, como ley personal, a una ruptura de vínculo operada en España. Esta materia viene regulada en el artículo 107.2 del Código Civil español, en su redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Establece este precepto tres normas de conflicto en cascada: ley nacional común; en su defecto, ley de la residencia habitual común; a falta de ésta, ley de la última residencia habitual común si uno de los dos aún vive en dicho Estado. Pero lo más llamativo es que establece una cláusula de exclusión de la ley aplicable, en favor de la *lex fori*, cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en tres situaciones:

a

si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas;

b

si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; y

c

si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

La doctrina considera mayoritariamente que la redacción de este artículo es torpe e incluso pernicioso, por excesivamente legefórista, por fomentar las situaciones claudicantes, porque presenta lagunas de difícil solución⁵⁵ y, por último, porque introduce una precisión de la cláusula de orden público completamente innecesaria⁵⁶. Como soluciones a este problema, se apunta por la doctrina la posibilidad de acudir al criterio de la autonomía de la voluntad para elegir la norma de conflicto⁵⁷ y a la aplicación de la excepción de orden público internacional en atención al resultado⁵⁸.

51

CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*

52

Así lo reconoce el TS en auto de 18/05/2004, que cita CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Para que intervenga el orden público internacional español contra el reconocimiento de una resolución extranjera de repudio revocable, es preciso que el repudio siga siendo revocable en el momento de instar el reconocimiento: si ha transcurrido el tiempo durante el cual el varón podía revocar el repudio y no lo ha hecho, el repudio se transforma en definitivo y no debe intervenir el orden público internacional español”.

53

ATS 21/04/1998.

54

ATS 27/01/1998.

55

CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*, plantea, por ejemplo, que “el art. 107.2 CC no señala la Ley aplicable al caso de un divorcio instado ante juez español entre un andorrano casado con marroquí que residen habitualmente cada uno en su país y cuya última residencia habitual estuvo en España, donde poseen bienes inmuebles”.

56

Así lo consideran CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.* y DIAGO DIAGO, M.P., “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales”, en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E., Madrid, 2004, pp. 271-294.

57

CARRASCOSA GONZÁLEZ, *o.c.*, sostiene que “los más modernos sistemas de DIPr. de otros países sí admiten esta solución (art. 55 Código Belga DIPr. 2004)”, pues “la «elección de Ley» es una solución idónea: evita sentencias claudicantes, ahorra costes de prueba, potencia la multiculturalidad jurídica, fomenta el arreglo interpartes de las crisis matrimoniales y es una solución «económicamente neutral» que evita el recurso a «paraísos divorcistas»”. En cambio, GARCÍA-VASO, *o.c.*, p. 416 considera que no es la solución más adecuada por varias razones:

- (a) Cuando topamos con un ordenamiento jurídico de corte confesional, que no permite a sus nacionales renunciar a la ley aplicable en favor de un derecho distinto del islámico, se corre el riesgo de una opción en masa por la ley nacional, auspiciada por los imames.
- (b) No es útil para resolver el problema que más frecuentemente se plantea ante los tribunales europeos, que es la falta de acuerdo entre los esposos.
- (c) Se encuentran grandes dificultades para establecer los límites a esa autonomía de la voluntad, ya que ésta debe ceder ante valores superiores, y no puede servir para “inmunizar la esfera familiar contra toda intervención estatal cuando el derecho extranjero discrimina a las personas en función del sexo y de la religión”.



sica de toda sociedad. El concepto que una sociedad tenga de la familia y de la posición de cada uno de sus miembros, será determinante no sólo del modo en que se van a llevar a cabo las relaciones privadas, sino también de importantes facetas del derecho público. Como muestra, baste aludir aquí al modelo jurídico de familia patriarcal que existió en España hasta 1978: el reconocimiento de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer ha propiciado lo que probablemente sea la mayor y más rápida transformación ocurrida a la sociedad española en su historia.

El reto al que nos enfrentamos es lograr cohonestar los principios de igualdad y libertad de nuestro ordenamiento jurídico, con aquellos valores culturales extranjeros que pueden vulnerarlos. No es una cuestión sencilla. La libertad religiosa e ideológica, uno de los pilares de nuestro Estado, obliga a respetar las culturas diferentes, aun cuando ellas no se rijan por los mismos principios. Sin embargo, no se puede permitir que, al amparo de tales valores superiores, nos veamos obligados a aceptar la introducción de instituciones que puedan poner en peligro el orden público.

No obstante, la determinación de los límites de ese orden público que debe ser mantenido, ese núcleo esencial invulnerable de las instituciones de derecho privado, es harto difícil. Así lo hemos podido comprobar al hablar de los efectos de la poligamia, o del reconocimiento del repudio, o en relación con los problemas planteados por la peculiar forma islámica de emisión del consentimiento matrimonial. Incluso la determinación de la ley aplicable plantea la duda acerca de hasta qué punto es admisible alegar ante nuestros tribunales un ordenamiento jurídico que incorpora un libro religioso como norma vinculante. Lo cierto es que se trata de una realidad conflictiva en creciente expansión, y que genera situaciones que el derecho debe tratar de solventar de la manera más justa y ecuánime posible.

3. CONCLUSIONES

Nuestra sociedad está marcada por el impacto de la inmigración y, como se suele decir, de la “multiculturalidad”. Ello provoca una serie de encuentros más o menos conflictivos entre las situaciones jurídicas de los extranjeros que residen en nuestro país y nuestra propia organización social. Este choque se hace especialmente difícil cuando nos encontramos, además, ante un “conflicto de civilizaciones”, como sucede con el mundo islámico.

En el campo del matrimonio y del derecho de familia, como hemos podido ver someramente, esta confrontación es particularmente peliaguda; no en vano la familia es la unidad bá-

58

GARCÍA-VASO, *o.c.*, p. 424 sugiere que “debe tratarse de un método en el que se aprecie «caso por caso» el resultado al que conduce en el foro la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de una decisión extranjera, de manera que el juez o jueza pueda “adaptar las instituciones jurídicas extranjeras a los destinatarios de las mismas y al contexto en el que pretenden surtir efectos”. No obstante, la autora reconoce que con un sistema de estas características “se corre el riesgo de incurrir en una excesiva flexibilidad, lo que hará peligrar la uniformidad y la «previsibilidad» del derecho”. Mas, si bien una solución como la propuesta “no es sencilla a la hora de su aplicación práctica (...), la idea de justicia a la que obedece exige un esfuerzo que posibilite su consecución”.

Análisis
de las sentencias dictadas
por los Tribunales del jurado
en el periodo 2001-2005,
relativas a homicidios
o asesinatos entre los
miembros de la pareja
o ex-pareja.

CONCLUSIONES

POR GRUPO DE EXPERTOS/AS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO
DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ).



La respuesta adecuada que debe darse contra la violencia de género, desde los diferentes sectores implicados en su erradicación, pasa, entre otras proyecciones, por conocer sus causas, consecuencias, significado... pero también por conocer con la mayor exactitud posible todas las circunstancias que rodean la pluralidad de violencias, de una u otra intensidad, que se ejercen por parte de los hombres contra las mujeres.

Desde esta perspectiva, la Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género y Vocal del Consejo General del Poder Judicial, D^a Montserrat Comas d'Argemir, valoró la conveniencia de efectuar un estudio, de contenido jurídico, médico legal y sociológico, de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado en materia de homicidios y asesinatos consumados cometidos en el ámbito de las relaciones de pareja o ex pareja. Se pretendía conocer con exactitud, más allá de estereotipos que, por definición, suelen resultar ajenos a la realidad, el conjunto de circunstancias que rodean la muerte violenta en este ámbito específico, que permitiera ofrecer una radiografía real y completa sobre motivaciones y circunstancias relevantes en esta particular manifestación de violencia, en tanto estuvieran recogidas en sentencia, tras la práctica de la correspondiente prueba en el juicio oral, con las garantías procesales legalmente establecidas.

Al objeto de disponer del material necesario para abordar el estudio, se dirigieron peticiones a los/as Presidentes/as de las Audiencias Provinciales de toda España, al objeto de que remitieran la totalidad de las Sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado en sus territorios, en el período seleccionado, que comprendía las sentencias dictadas entre 2001 y 2005, respecto a homicidios y asesinatos por violencia de género y doméstica, centrada en actos cometidos entre los miembros de la pareja o ex pareja. Gracias a la colaboración de todas las Presidencias, se consiguió reunir la documentación precisa.

El estudio ha sido realizado por las magistradas y magistrados que integran el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial –D^a Pilar Alambra Pérez, D. Carles Cruz Moratones, D. Vicente Magro Servet, D^a M^a Jesús Millán de las Heras, D^a Inmaculada Montalbán Huertas, D^a María Tardón Olmos, D^a Isabel Tena Franco, D^a Francisca Verdejo Torralba y D^a Montserrat Comas d'Argemir–, así como por los/as también magistrados/as y letrados/as del Consejo, D. Joaquín Delgado Martín, Jefe del Servicio Central, y D^a Paloma Marín López, Jefa de la Sección del Observatorio del Consejo. Se ha contado, además, con la participación de D. Miguel Lorente Acosta, médico forense y reconocido experto y estudioso de la violencia de género, que ha

aportado el análisis médico forense de los hechos y circunstancias que los han acompañado.

En la primera reunión de trabajo se eligieron los aspectos más relevantes de las sentencias que habrían de ser objeto de estudio. Así, se seleccionaron, inicialmente, entre otros, los extremos relativos a:

- delitos objeto de enjuiciamiento
- sexo, edad, profesión, nacionalidad y situación laboral de la persona acusada y de la víctima
- fecha, lugar, tipo de población, hora y día de la semana de comisión de los hechos
- medios empleados
- relación personal entre las partes, duración y situación de la relación sentimental
- existencia de denuncias previas así como de agresiones o amenazas previas
- existencia de órdenes de protección o de otras medidas cautelares adoptadas previamente
- antecedentes penales de la persona agresora
- existencia y edades de hijos e hijas
- pruebas practicadas
- conducta de la persona agresora posterior a los hechos
- composición de hombres y mujeres como miembros del Tribunal del Jurado
- personación de acusación particular o popular
- forma de designación de letrado/a (de oficio o de confianza) que asiste a la persona acusada y a la acusación particular
- duración del juicio, tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta el enjuiciamiento y duración de la prisión provisional
- fuerza policial actuante
- peticiones deducidas por las partes en conclusiones definitivas, así como tras el veredicto del Jurado y contenido de la sentencia
- circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, tanto interesadas en conclusiones definitivas como apreciadas en la sentencia
- intervención de los Jurados, en su caso, en las preguntas a la persona acusada, testigos o peritos/as
- publicidad del juicio oral



- responsabilidad civil derivada del delito
- petición y pronunciamiento en materia de costas
- posición del Jurado en materia de indulto y el pronunciamiento que efectuara sobre ello la sentencia
- en su caso, posible intervención previa de los servicios sanitarios, sociales o asistenciales.

No ha sido posible, sin embargo, extraer conclusiones respecto de todos los extremos referidos, entre otros motivos porque no son datos que tenga que incorporar, preceptivamente, la sentencia.

Seleccionados los temas y repartidas las sentencias entre las personas antes mencionadas, se pasó a elaborar una ficha informática para posibilitar su cumplimentación y utilización actual y de futuro, toda vez que se pretende que el estudio iniciado tenga continuidad.

Ha de advertirse, no obstante, que, siendo el objeto del estudio el contenido de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado en casos de homicidio o asesinato entre miembros de la pareja o ex pareja, aquéllas exigen la existencia de, al menos, una persona viva contra la que se haya dirigido la acusación. Ello implica que los supuestos en que la mortal agresión haya ido seguida bien de suicidio de su autor, bien de muerte de éste por cualquier otra causa, quedan excluidos del estudio, dado que la causa penal se archiva en fase de instrucción por fallecimiento del supuesto autor. Además, la doctrina del Tribunal Supremo, ha alejado de la competencia del Tribunal del Jurado el conocimiento tanto de los delitos complejos (por ejemplo, cuando el homicidio o el asesinato concurren con un delito contra la propiedad) como el de los delitos competencia del Tribunal del Jurado cuando el enjuiciamiento se va a efectuar junto con otros cuyo conocimiento corresponden a otros órganos jurisdiccionales, residenciando la competencia para el enjuiciamiento de los homicidios y asesinatos en estos casos en las Audiencias Provinciales. Por ello el estudio que se aborda –que abarca finalmente 147 sentencias– no agota todos los supuestos de homicidio y asesinato cometidos en el ámbito de las relaciones de afectividad presentes o pasadas en el mencionado período sino sólo aquéllos que han sido enjuiciados por un Tribunal del Jurado.

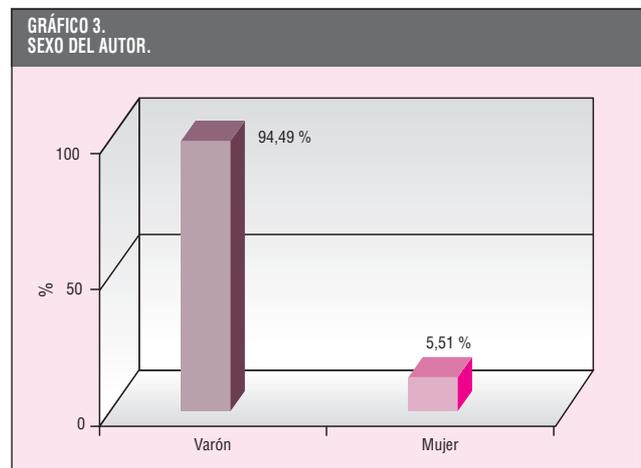
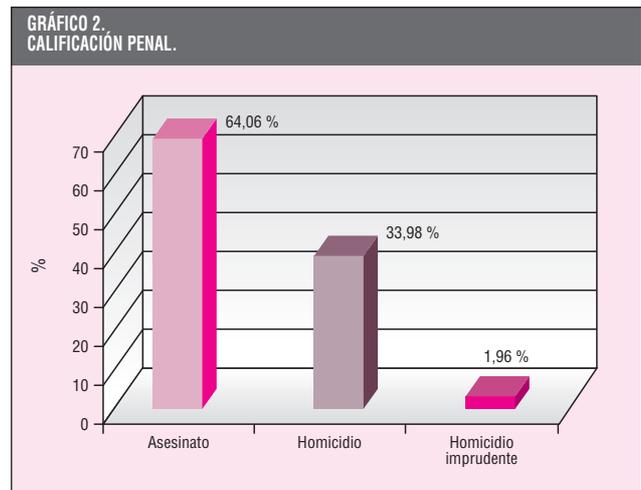
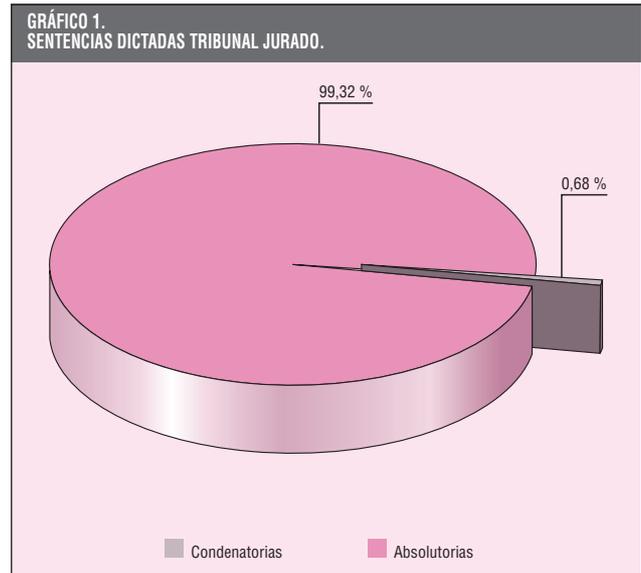
CONCLUSIONES

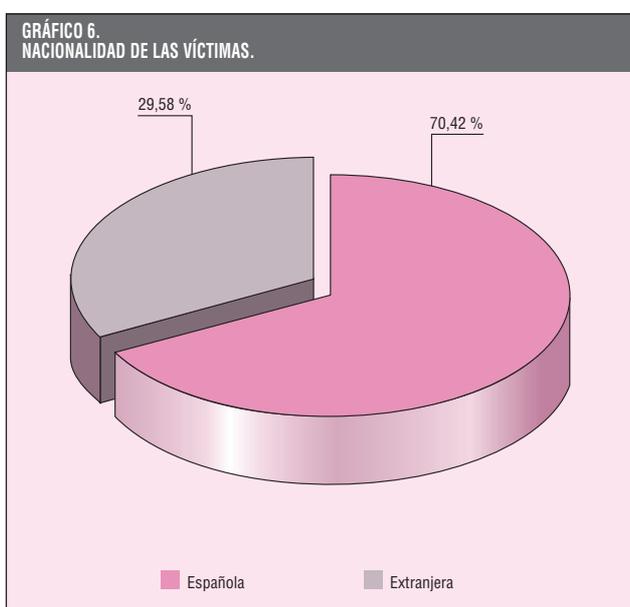
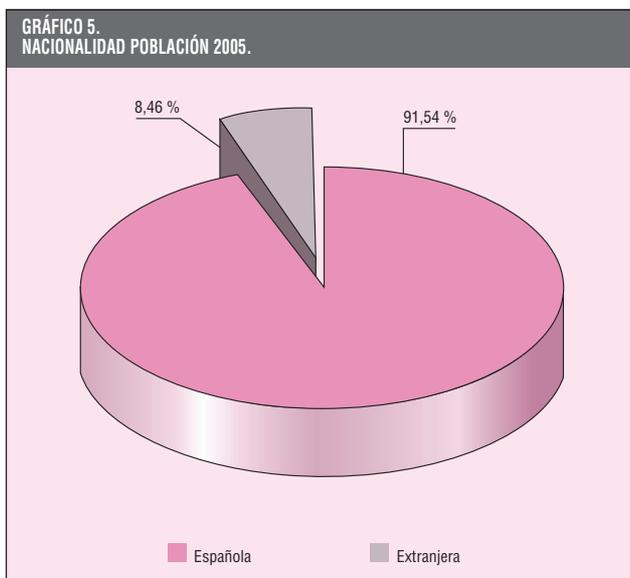
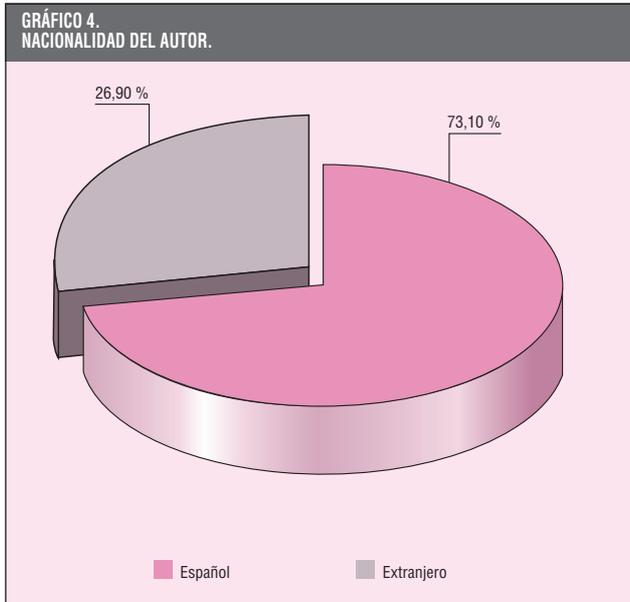
El conjunto de resoluciones estudiadas ha permitido alcanzar las siguientes **conclusiones**:

1
Sólo una sentencia del total de las resoluciones estudiadas absuelve al acusado por no haber resultado acreditada su participación en los hechos. De ello se deriva que el porcentaje de **sentencias condenatorias** en la muestra objeto de análisis alcanza el **99,32 %**, siendo el **0,68 %** de ellas **sentencias absolutorias**. (ver Gráfico 1).

2

Una buena parte de las sentencias estudiadas no recoge el nombre de los/as ciudadanos/as que integran el Tri-





bunal del Jurado que pasa a juzgar los hechos sometidos a su consideración. Sin embargo, de las sentencias en las que figura este dato (63 resoluciones) se extrae la conclusión de que **en la composición del Tribunal (9 ciudadanos/as) existe una participación equilibrada de hombres y mujeres.**

Pudiendo las partes formular hasta cuatro recusaciones en la composición del Tribunal, en cuanto a los/as ciudadanos/as que lo integran, sin necesidad de alegar causa para ello, al objeto de lograr no sólo la imparcialidad de los llamados a juzgar sino que ésta se presente como efectiva para sus destinatarios/as, de la conclusión anterior se extrae la adicional de que el dato biológico de ser hombre o mujer no ha resultado *a priori* relevante ni para la acusación ni para la defensa. **No se aprecia, por otra parte, que este dato biológico haya tenido proyección en el contenido del fallo.**

3

La mayor parte de sentencias analizadas, **un 64,06 %**, califica el hecho como **asesinato**, lo que implica que en estos casos se ha acreditado que la muerte se ha ejecutado bien con alevosía (que requiere el empleo en su ejecución de medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurar el resultado, sin el riesgo que para la persona del autor pueda provenir de la defensa del ofendido), bien con ensañamiento (que concurre cuando se aumenta inhumana y deliberadamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta un dolor adicional innecesario para obtener el resultado de muerte) o por precio, recompensa o promesa, que son los tres supuestos que cualifican la muerte como asesinato frente el tipo básico del homicidio.

En un **33,98 %** de casos se ha calificado el hecho como **homicidio** y en un **1,96 %** como **homicidio imprudente**. (ver Gráfico 2).

4

El **autor** de los homicidios y/o asesinatos **es mayoritariamente varón**. Así, **en el 94,49 %** de los casos examinados, es varón el autor –en un solo supuesto los hechos se ejecutan con la complicidad de una mujer–, frente al **5,51 %** de supuestos en los que la autora es la **mujer**.

De ello se desprende que, **en lo fundamental, los homicidios y asesinatos ejecutados en el ámbito de la pareja o ex pareja son violencia de género.** (ver Gráfico 3).

5

En cuanto a la **nacionalidad del autor**, éste es **español** en la mayoría de casos, lo que sucede en el **73,10 %** de supuestos. En el resto, un **26,90 %** de casos, el autor es **extranjero**.

Dichos porcentajes deben relacionarse con la tasa de población española y extranjera (según datos del INE, referidos a 2005, la población española ascendía a



44.108.530 habitantes, de los que 40.377.920 eran españoles y 3.730.610 extranjeros) así como con sus respectivas características demográficas, al objeto de efectuar su adecuada valoración. (ver Gráficos 4 y 5).

6^a

En cuanto a la **nacionalidad de las víctimas**, el **70,42 %** de ellas son **españolas**, mientras que en un **29,58 %** de casos son **extranjeras**.

Respecto de este extremo, cabe hacer igual consideración que en la conclusión anterior. (ver Gráfico 6).

7

El abanico de **edades** de los autores es amplio pero se observa que predomina la franja de **entre los 30 y los 45 años**.

8^a

Del relato de hechos probados, contenido en las sentencias estudiadas, es de resaltar la **extraordinaria brutalidad** ejercida por los autores contra las víctimas, junto con el **carácter sorpresivo de la agresión** en la mayoría de los casos para éstas –que no excluye, obviamente, la violencia previa y que resulta perfectamente compatible con la previa planificación de los hechos por el autor– y el **aprovechamiento de la situación de indefensión** de las víctimas en la comisión de los hechos.

Se constata un elevado nivel de violencia en la ejecución de los hechos, como se desarrollará en los apartados relativos a los mecanismos –simples o compuestos– utilizados para cometer los crímenes. Como un ejemplo de este grado de violencia, en el total de casos en los que han intervenido las armas blancas el autor ha dado más de 900 puñaladas, equivalente a 16 puñaladas de media en cada caso.

16 puñaladas de media dadas a cada mujer que ha sido agredida con un arma blanca, significa que **la ira con la que se ha actuado es un elemento habitual que refleja el significado de este tipo de agresiones, como casos individuales, y de esta violencia desde el punto de vista social**, características que deben tenerse en consideración a la hora de abordar el análisis como problema general y el estudio particular ante cada una de sus manifestaciones.

9^a

La especial brutalidad ejercida por los autores que se percibe en los actos criminales juzgados guarda coherencia con los medios empleados en la ejecución de los hechos.

Se aprecia que, para llevar a cabo su firme decisión o designio de matar, los autores utilizan **medios** a los que tienen fácil acceso, destacando **mayoritariamente el uso de cuchillos u objetos punzantes así como el de objetos con capacidad de contusionar y el estrangulamiento de la víctima con manos o cuerdas**.

GRÁFICO 7.
TIPO DE MECANISMOS EMPLEADOS EN LA COMISIÓN DE LOS HOMICIDIOS.

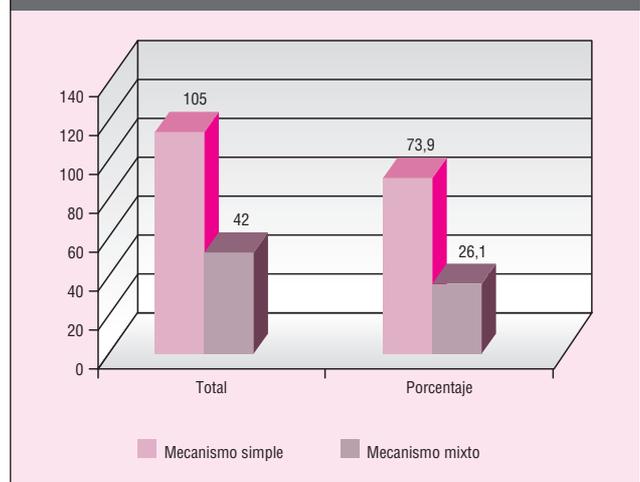


GRÁFICO 8.
MECANISMOS DE MUERTE SIMPLES EMPLEADOS.

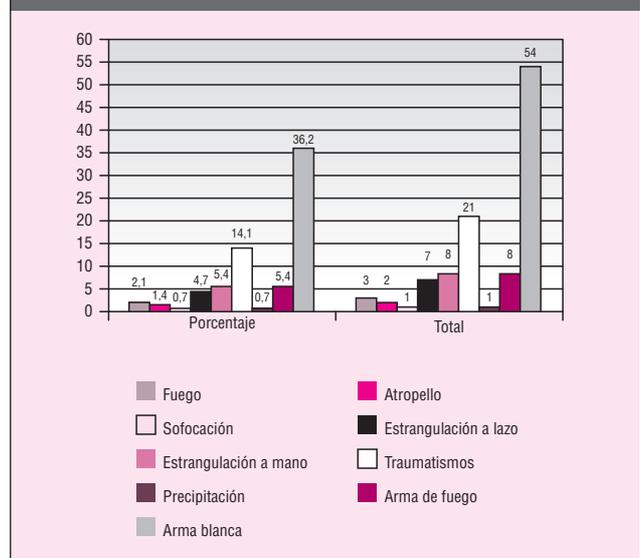


GRÁFICO 9.
UTILIZACIÓN DE ARMAS O INSTRUMENTOS EN LA COMISIÓN DE LOS HOMICIDIOS POR MECANISMO SIMPLE.

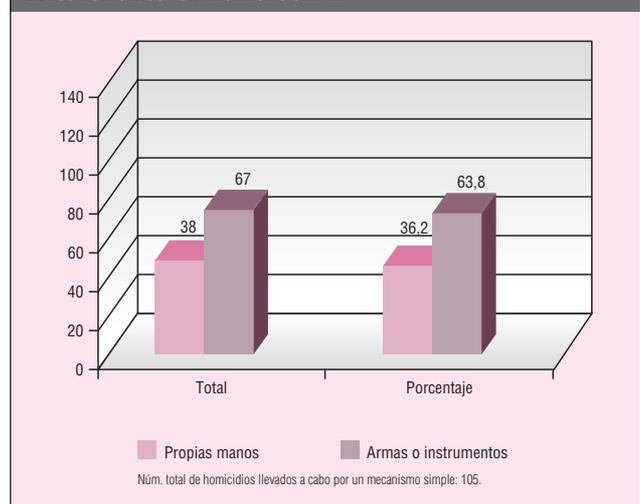
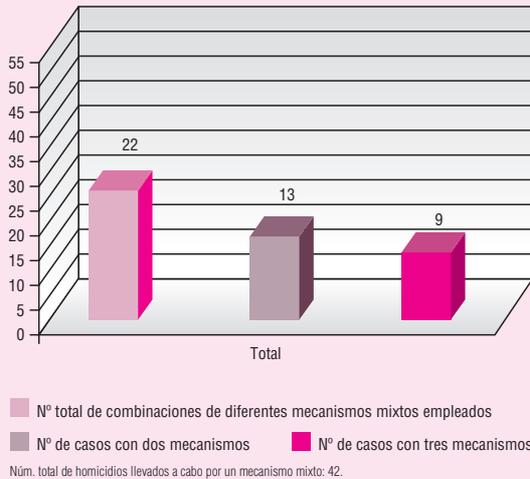


GRÁFICO 10.
NÚMERO DE MECANISMOS MIXTOS EMPLEADOS EN LA COMISIÓN DE LOS HOMICIDIOS.



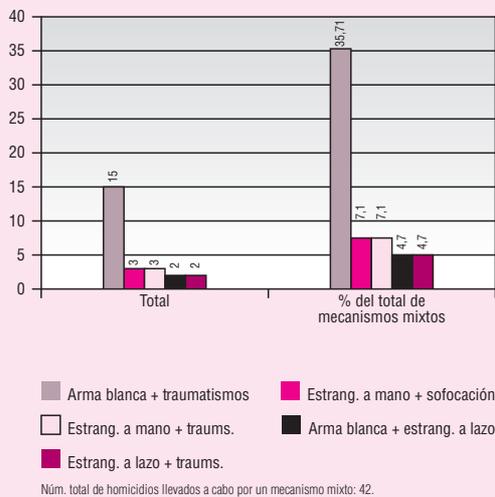
10

En cuanto al **mecanismo de muerte empleado**, en el **73,9 % de los casos** se recurrió a un **mecanismo de muerte simple**, es decir, se utilizó un solo procedimiento o instrumento lesivo para acabar con la vida de las víctimas. En un **26,1 %** se empleó un **mecanismo mixto**, con la participación de diferentes procedimientos. (ver Gráfico 7).

11

En cuanto a las **características de los mecanismos simples empleados para provocar la muerte**, dentro de los mecanismos de muerte simples, el más frecuente fue el **arma blanca** (36,2 %), seguido de los **traumatismos**, especialmente dirigidos a la región craneoencefálica (14,1 %). En tercer lugar aparecen, en un 5,4 % de los casos, el **arma de fuego y la estrangulación a mano**. (ver Gráfico 8).

GRÁFICO 11.
PROCEDIMIENTOS MÁS FRECUENTES EMPLEADOS EN LA COMISIÓN DE LOS HOMICIDIOS POR MECANISMO MIXTO.



Se aprecia que, en los casos en los que se recurre a un mecanismo simple, el instrumento utilizado es identificado como un procedimiento que puede llevar a conseguir el objetivo de matar a la víctima de forma directa y relativamente rápida.

Destaca el hecho de que, en este tipo de mecanismos, las manos son utilizadas, en sus diferentes posibilidades, como los instrumentos con los que producir la muerte en el 36,2 % de los casos. (ver Gráfico 9).

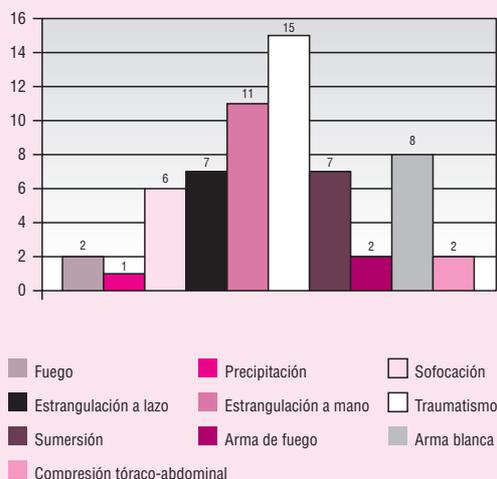
12

Respecto de las **características de los mecanismos mixtos, utilizados en 42 del total de casos**, el estudio de los diferentes mecanismos mixtos empleados muestra que las diversas combinaciones de procedimientos sencillos dan lugar a **22 mecanismos mixtos distintos**, de los cuales **en 13 se utilizan dos procedimientos sencillos y en 9 se emplean tres procedimientos** en la configuración del mecanismo mixto. (ver Gráfico 10).

Entre las distintas combinaciones que se han utilizado, **la más frecuente** es la que emplea el **arma blanca junto a diferentes traumatismos**, que supone el **35,7 %** de los mecanismos mixtos (en número total de 42). Le sigue, con una utilización bastante más baja, la estrangulación a mano junto a la sofocación y a los traumatismos, en ambos casos con un 7,1 %. (ver Gráfico 11).

El gran número de combinaciones resultantes (22 formas distintas en 42 casos) hace que los porcentajes de cada una de ellas, a excepción de las indicadas, sean muy bajos. Ello está igualmente en relación con el elevado número de procedimientos sencillos que se han utilizado, un total de 10, que se han combinado de diferente manera para configurar los distintos mecanismos mixtos. (ver Gráfico 12).

GRÁFICO 12.
PROCEDIMIENTOS SIMPLES UTILIZADOS COMO PARTE DE LOS MECANISMOS DE MUERTE MIXTOS.



Aparecen un total de 10 mecanismos simples combinados de diferente forma, dos de ellos no utilizados en los homicidios por mecanismo simple.

El procedimiento sencillo que más se ha utilizado, dentro de los 42 casos en que se han utilizado mecanismos



mixtos para causar la muerte, son los traumatismos, que suponen un 26,3 % del total de mecanismos (se han empleado en 15 ocasiones), seguido de la estrangulación a mano, que, con 11 casos supone un 19,3 % de ellos, y del arma blanca, que, con 8 casos, supone un 14,1 %.

La comparación de los procedimientos sencillos utilizados en los mecanismos simples y los empleados como parte de los mecanismos mixtos aporta una información interesante. Por un lado, se observa que, en los procedimientos sencillos empleados como parte de los mecanismos mixtos, aparecen dos nuevos que no han sido utilizados como mecanismos simples, concretamente la compresión tóraco-abdominal (3,5 %) y la sumersión (5,2 %). Por otro, se observa que los procedimientos sencillos empleados en diferentes combinaciones como parte de los mecanismos mixtos no mantienen una misma proporción con los mecanismos simples. Mientras que en los casos en que se recurre a mecanismos simples los procedimientos más frecuentes son las armas blancas (36,2 %) y los traumatismos contusos (14,1 %), con una frecuencia muy por encima del resto, en los mecanismos mixtos los procedimientos sencillos empleados siguen una distribución más homogénea, pero en distinta proporción. En estos últimos, los más frecuentes son los traumatismos (26,3 %), la estrangulación a mano (19,2 %), las armas blancas (14,1 %), la estrangulación a lazo (11,3 %) y la sofocación (10,5 %).

Estas características indican que el recurso al mecanismo mixto implica un mayor grado de violencia.



En primer lugar, en la forma de llevar a cabo el homicidio, recurriendo a la combinación de instrumentos que potencian la capacidad de producir daño.



En segundo lugar, en su ejecución, en la que se observa que:

- se recurre a más de un mecanismo
- la elección de los procedimientos conlleva un *modus operandi* que exige un contacto más estrecho y continuado del agresor con la víctima para la aplicación de los procedimientos. Ello implica un mayor grado de fuerza y una visualización directa de todo el proceso que acaba con la vida de la víctima. De ahí que, entre los procedimientos más frecuentes, se encuentre el golpearla repetidamente, la estrangulación a lazo y a mano o la sofocación y que las armas blancas ocupen el tercer lugar con una frecuencia del 14,1 %; pero también que aparezcan nuevos procedimientos que exigen actuar de la misma forma (contacto estrecho y acción continuada), como la sumersión (generalmente introduciendo a la víctima en la bañera llena de agua) y la compresión tóraco-abdominal (subirse sobre la víctima para ejercer

GRÁFICO 13. PROCEDIMIENTOS SENCILLOS UTILIZADOS EN LOS MECANISMOS SIMPLES Y FORMANDO PARTE DE LOS MECANISMOS DE MUERTE MIXTOS -PORCENTAJES-.

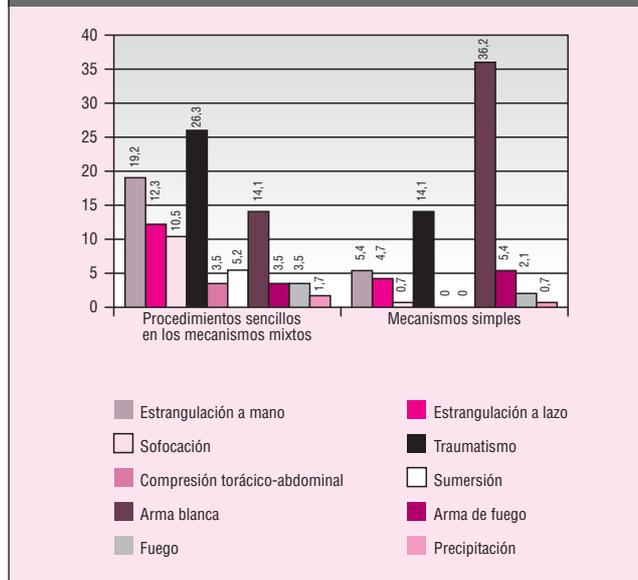


GRÁFICO 14. HOMICIDIOS POR MECANISMO MIXTO Y SIMPLE EN LOS QUE SÓLO SE HAN EMPLEADO DIRECTAMENTE LAS MANOS.

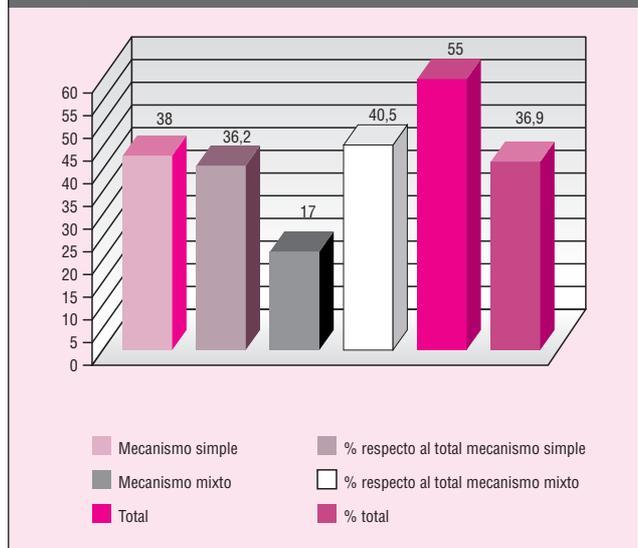


GRÁFICO 15. EVOLUCIÓN DE LOS CASOS DE HOMICIDIOS POR MECANISMO MIXTO Y SIMPLE EN LOS AÑOS ESTUDIADOS: 1997-2004 -PORCENTAJE-.



GRÁFICO 16.
EVOLUCIÓN DEL PORCENTAJE DE LOS CASOS DE HOMICIDIOS POR MECANISMO MIXTO Y SIMPLE, Y COMPARACIÓN CON EL NÚMERO DE HOMICIDIOS.



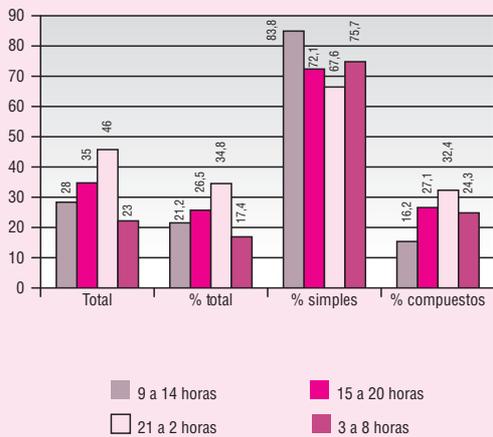
Datos sobre el núm. de homicidios de los años 1999-2001 del IM. Los de los años 2002-2004 provienen del CGPJ.

presión en el abdomen y en el tórax), habitualmente utilizando de forma simultánea las manos para realizar una estrangulación o sofocación. (ver Gráfico 13).

13

Destaca muy especialmente el uso directo de las manos como instrumento lesivo para ocasionar la muerte. En los supuestos examinados, a diferencia de los homicidios cometidos en otras circunstancias, resulta frecuente la utilización de las manos (en diversas modalidades: estrangulamiento a mano y/o a lazo, uso de objetos contundentes, precipitación, sumersión...) como instrumento lesivo, lo que permite comprobar su verdadera dimensión: en el 36,2 % de los casos de homicidios cometidos por un mecanismo simple y en el 40,5 % de los mecanismos mixtos. En números absolutos, han sido 55 los homicidios llevados a cabo con las manos como único instrumento lesivo, lo que supone un 36,9 % del total. (ver Gráfico 14).

GRÁFICO 17.
HORARIO EN QUE SE PRODUJERON LOS HOMICIDIOS.



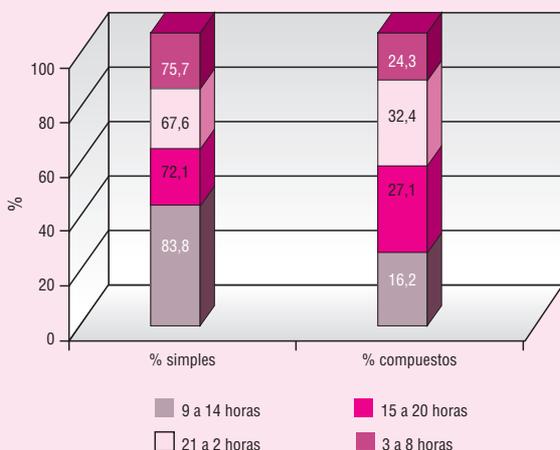
132 casos con información disponible en la sentencia.

La utilización de las manos para acabar con la vida de las víctimas –mujeres en la inmensa mayoría de casos– está en sintonía con el nivel de violencia empleado en la ejecución de los homicidios. Esta intensidad se manifiesta tanto en el daño causado como en la forma de producirlo. De manera muy especial se manifiesta en cuanto a su significado, por el estrecho contacto entre el agresor y la víctima y por su prolongación en el tiempo para poder causar la muerte.

14

El estudio de los casos examinados permite trazar la gráfica de la evolución del porcentaje de homicidios por mecanismos simples y mixtos.

GRÁFICO 18.
COMPARACIÓN DEL HORARIO DE LOS HOMICIDIOS SIMPLES Y MIXTOS.



132 casos con información disponible en la sentencia.

Los primeros casos analizados, correspondientes a hechos sucedidos en 1997 y 1998, respecto de sentencias dictadas a partir de 2001, exigen una advertencia inicial, cual es que son supuestos que han tardado en ser enjuiciados un tiempo muy por encima de la media. Respecto de estos casos, todos los homicidios se produjeron por un mecanismo simple. Se aprecia un aumento progresivo de los mecanismos mixtos en los dos años siguientes, hasta llegar a una especie de meseta. A partir del año 2000 la proporción se ha estabilizado en, aproximadamente, un 70 % de los casos en los que la muerte se ha causado por mecanismo simple y un 30 % en los que ha sido por mecanismos mixtos. Se aprecian ligeras variaciones hasta llegar al 2004, año en el que se produce un nuevo aumento de los casos por mecanismo simple, con el consecuente descenso de los mixtos. (ver Gráfico 15).

Estos datos permiten extraer otras derivaciones. El estudio se ha centrado, como ya se ha señalado, en las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado en casos de homicidio y asesinato entre miembros de la pareja, si bien los datos permiten concluir que, en lo fundamental, se trata de violencia de género.



Si se pone en relación la evolución de los mecanismos empleados en los casos objeto de estudio –en lo fundamental, violencia de género, aunque existe un porcentaje de un 5,51 % que no lo es– con el número total de homicidios de mujeres llevados a cabo en los diferentes años (siguiente gráfico), se observa que existe una **relación entre los años en los que aumentan el número de homicidios y el incremento de los casos por mecanismo mixto** y, por el contrario, cuando bajan las cifras de mujeres asesinadas, también lo hacen los homicidios por mecanismos mixtos. Esta situación se estabiliza en 2003 y en 2004 muestra un cambio de tendencia. (ver Gráfico 16).

La interpretación de esta relación, en principio, muestra conexiones con los factores que entran dentro del complejo entramado de lo que significa el “aumento del grado de violencia”, de manera que, **cuando hay más homicidios, también hay un mayor grado de violencia que lleva a recurrir a formas de ejercerla especialmente intensas**, entre ellas el mecanismo mixto, tal y como se ha apuntado con anterioridad, o, lo que probablemente pueda tener una relación más directa, la interpretación de **las circunstancias en que el agresor construye el homicidio como hostiles o agresivas contra su posición hacen que responda con más violencia**.

La valoración más completa de estas circunstancias podrá obtenerse cuando se disponga de los datos correspondientes a partir de 2004, en los que la perspectiva respecto a estos primeros años debe mostrar más elementos de esta teórica relación.

15

En cuanto a **las franjas horarias más significativas** en las que se acumulan mayor número de homicidios o asesinatos, éstos **aumentan en frecuencia a lo largo del transcurso del día**. De las sentencias que ofrecen este dato, en número de 132, se desprende que es **en la franja horaria de 21 a 2 h. cuando se cometen la mayor parte de ellos**, concretamente un 34,8 %, **seguida de la de la tarde (de 15 a 20 h.)**, con un 26,5 %. (ver Gráfico 17).

Las razones para que los homicidios se produzcan con una mayor frecuencia en las horas más avanzadas del día pueden estar relacionadas con los siguientes factores:

- Al final del día es cuando se suele producir una mayor convivencia y de forma más continuada.
- Las circunstancias de esas horas hacen que ante un conflicto no existan ni se presenten con la misma facilidad conductas que puedan significar alejarse del conflicto o terminarlo mediante el abandono del escenario (por ejemplo, irse a trabajar o “a dar una vuelta”...). Esto puede contemplarse como posibilidad en otras horas del día, pero por la noche no aparece como una opción fácil ni espontánea.

GRÁFICO 19. COMPARACIÓN DEL HORARIO DE LOS HOMICIDIOS SIMPLES Y MIXTOS.

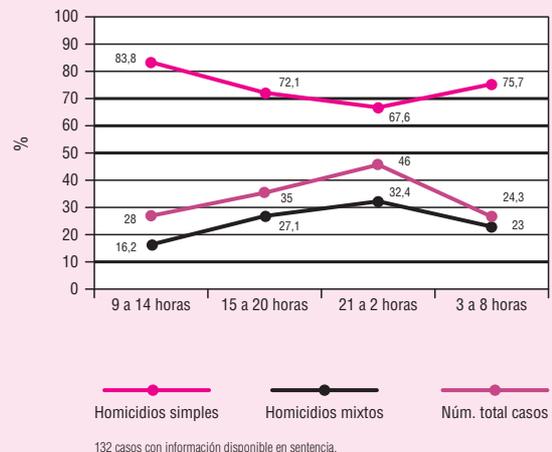


GRÁFICO 20. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Apreciadas.

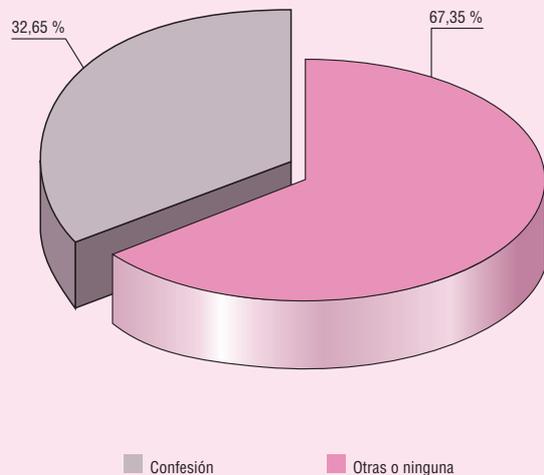
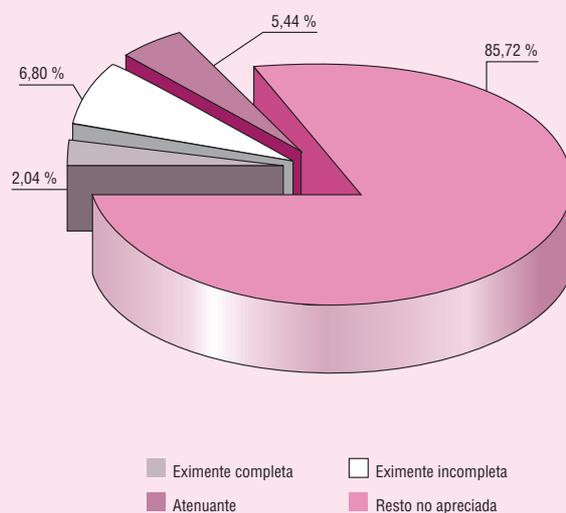


GRÁFICO 21. ALTERACIÓN PSÍQUICA (5,44 %).



- En este mismo sentido, la noche en ocasiones es interpretada como límite, como si supusiera una frontera ante la que hay que resolver el problema, circunstancia que puede llevar a una intensificación del conflicto.
- Coincidencia con otro tipo de estresantes sociales, desde conflictos relacionados con otros temas de la vida en pareja o familiar (descendencia, cuestiones de economía doméstica, relaciones con el resto de la familia...) a la ingesta de sustancias tóxicas, que, si bien no son las causantes de la violencia, sí pueden influir en la conducta y en la valoración de las circunstancias.
- **El mayor porcentaje de homicidios o asesinatos a últimas horas del día también puede deberse a una acumulación del conflicto y de la tensión y percepción crítica que lo acompaña.** Se trataría de casos en los que el enfrentamiento surge en otro momento del día, en ocasiones por la mañana, y se ha ido arrastrando a lo largo de toda la jornada, incluso con fases de distanciamiento al abandonar la casa por diferentes motivos, pero que al reencontrarse se continúa y lo hace con una mayor tensión. Es a últimas horas del día, por lo tanto, cuando las circunstancias apuntadas pueden traducirse en una agresión mortal.

Las características de esta situación, especialmente las que hacen referencia a una **prolongación del conflicto y a la posible elaboración de la idea homicida a lo largo del día, se traduce en una mayor violencia en la consumación de los hechos, circunstancia que se refleja en el aumento relativo de los homicidios por mecanismo mixto en la franja horaria de las últimas horas del día**, después de un incremento progresivo durante las horas de la tarde.

Las anteriores conclusiones se visualizan en el Gráfico 18, que refleja la comparación relativa de los porcentajes de los homicidios y/o asesinatos cometidos por un mecanismo mixto y los realizados con un procedimiento simple. Visibilizan, además, cómo en la franja horaria de la tarde y, sobre todo, de la noche, los homicidios mixtos suponen un mayor porcentaje relativo respecto a los simples.

La evolución del número de homicidios cometido en cada franja horaria, además, también muestra la **asociación entre el mayor grado de violencia y los porcentajes más altos de homicidios por mecanismos mixtos.** Esta circunstancia **encuentra su raíz en la elaboración de una respuesta especialmente intensa ante la interpretación que hace el agresor de los acontecimientos que rodean al conflicto.** Es desde esa percepción desde la que elabora su respuesta violenta cargándola de una mayor violencia cuando hace una lectura de los acontecimientos como ofensivos, hostiles o agresivos a su posición. (ver Gráfico 19).

16

En relación con las **penas** impuestas, **se impone como pena principal en todos los casos de condena la de prisión**, en consonancia con las previsiones del Código Penal, que la establece como única en estos casos, acompañada de otras penas accesorias. El Código Penal prevé penas de diez a quince años de prisión para el delito de homicidio; de quince a veinte años de prisión para el asesinato, cuando concurra una sola de las circunstancias que lo cualifican como tal –alevosía, ensañamiento o mediando precio, recompensa o promesa–, y de veinte a veinticinco años de prisión, cuando concurren dos o más circunstancias de las que permiten calificar los hechos como asesinato. Todo ello sin perjuicio de la individualización de la pena en cada caso, en función de la apreciación de la existencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuantes, agravantes, eximentes o eximentes incompletas).

En el período estudiado, además, se aprecia que **en pocos casos se solicitan y se imponen penas accesorias, más allá de las de inhabilitación absoluta o de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.** Así, son escasos los supuestos en que se impone la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares, la prohibición de aproximación o comunicación con los familiares de la víctima, la inhabilitación para el ejercicio de la potestad sobre los hijos e hijas... Ello justifica la necesidad de las sucesivas reformas legislativas que se han ido produciendo en esta materia, con posterioridad a muchos de los casos objeto de análisis.

17

Además de la concurrencia en muchos de los supuestos de las circunstancias agravantes de **alevosía** y de **ensañamiento**, que sirven para cualificar los hechos como asesinato y que son las que mayoritariamente concurren en los asesinatos entre miembros de la pareja o ex-pareja, resulta significativa la apreciación y valoración de algunas **circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal** que efectúan las sentencias analizadas:

a

La **circunstancia atenuante de confesión**, nacida con la finalidad de otorgar un tratamiento más favorable para aquél que facilite la investigación del delito, tiene un carácter marcadamente objetivo, en la redacción actual, y se aplica en todos los casos en los que, en algún momento o de forma permanente, el autor ha reconocido haber realizado los hechos. Se aprecia en un **32,65 %** de las sentencias estudiadas.

b

La circunstancia de alteración psíquica, tanto como atenuante (apreciada en un **5,44 %** de los casos) como en su posible versión de eximente, completa (tenida en cuenta en un **2,04 %** de supuestos) o incompleta (valorada co-



mo tal en un 6,80 % de casos), tiene un carácter bastante residual en su apreciación.

c

En cuanto a la circunstancia **atenuante** de haber actuado el autor como consecuencia del **consumo de bebidas alcohólicas o drogas**, se ha apreciado en las sentencias dictadas en el indicado período en un **3,40 %** de los casos, alcanzando el **2,04 %** los supuestos en que se aprecia como circunstancia **eximente incompleta**.

Los dos apartados anteriores evidencian el escaso porcentaje de supuestos en que se aprecia que el autor actúa a consecuencia de una enfermedad o alteración mental o a causa de su adicción al consumo de alcohol o drogas. Ello permite destruir algunos de los falsos mitos más generalizados y enraizados en la conciencia social y que señalan que los homicidios y asesinatos en este ámbito se producen bien porque el autor está loco o por encontrarse bajo la influencia del alcohol o de las drogas. (ver Gráficos 20, 21 y 22).

d

Respecto a las circunstancias agravantes, destaca la evolución favorable de la de **parentesco**, prevista en el Código Penal como circunstancia mixta, que puede tanto agravar como atenuar la responsabilidad criminal. La jurisprudencia ha señalado, como criterio general, su carácter de atenuante en los delitos patrimoniales y su carácter de agravante en los delitos contra las personas. En las sentencias estudiadas se aprecia, siempre como circunstancia agravante, en un **50,34 %** de los casos, cuando así se solicita por el Ministerio Fiscal o por la acusación particular, y tanto cuando existe vínculo matrimonial como cuando existe convivencia o relación afectiva. (ver Gráfico 23).

18'

De lo expuesto en la anterior conclusión, y dada la significación de los delitos vinculados con la violencia de género, se podría derivar la **conveniencia de abordar un estudio sobre la proyección y, en su caso, reforma de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en homicidios y asesinatos en supuestos de violencia de género**.

19'

Predominan las situaciones de convivencia (tanto matrimonial como de parejas de hecho) en los casos de homicidio y asesinato examinados. En concreto, **la relación afectiva se mantiene en un 74,44 %** de casos, si bien se aprecia en no pocas ocasiones que la advertencia o comunicación de la voluntad de separarse por parte de la mujer constituye un específico factor de riesgo, en cuanto detonante de la reacción brutal del agresor. En el resto de supuestos, el **25,56 %** de casos, la relación afectiva **había terminado**. (ver Gráfico 24).

GRÁFICO 22.
CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS O DROGAS (3,40 %).

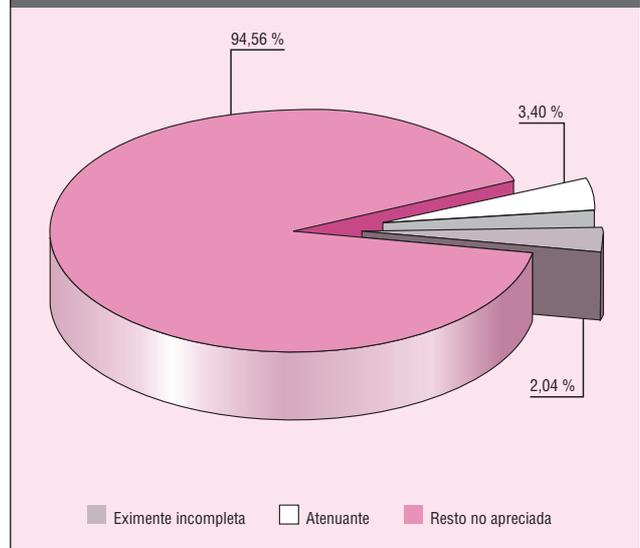


GRÁFICO 23.
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE — PARENTESCO.

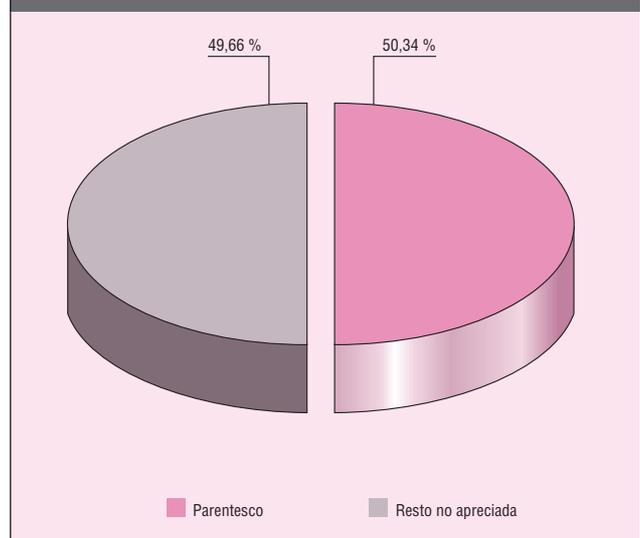


GRÁFICO 24.
SITUACIÓN DE CONVIVENCIA.

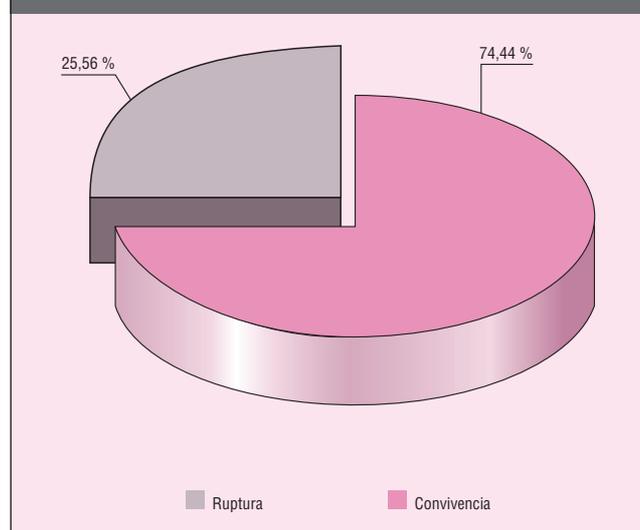
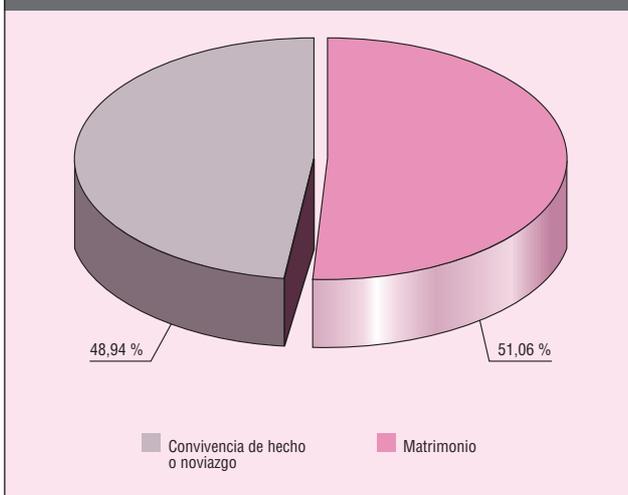


GRÁFICO 25.
VINCULO.



Esta circunstancia permite concluir, sin perjuicio de las competencias que atribuyen las leyes, en materia de seguridad y protección a las víctimas, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en la **necesidad de mejorar la sensibilización de las propias víctimas y en la de dotarlas de habilidades y recursos específicos que incrementen sus capacidades para la autopercepción del riesgo.**

20'

En un **51,06 %** de supuestos existía **vínculo matrimonial**, mientras que en un **48,94 %** de casos la relación afectiva era de **convivencia de hecho o de noviazgo**. (ver Gráfico 25).

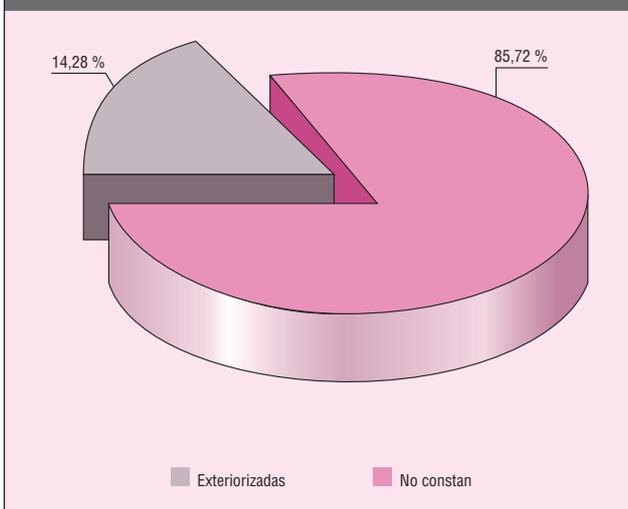
21'

No constan, prácticamente, denuncias previas a los hechos, pese a que en algunas sentencias se recoge la existencia de agresiones o amenazas previas, a partir de la prueba practicada en juicio oral, lo que permite concluir que, en los supuestos a los que se refieren las sentencias examinadas, **las mujeres no percibieron con anterioridad la intensidad del riesgo al que estaban sometidas**. Cabe la posibilidad, sin embargo, de que, percibiéndolo, no denunciaran los hechos por otros factores.

22'

En sólo 21 sentencias consta reflejada la **existencia de agresiones previas por parte del autor hacia la víctima, lo que supone un 14,28 % de casos**. Este dato sólo permite concluir que éste es el porcentaje de asuntos en los que las manifestaciones de violencia previa bien se han exteriorizado, permitiendo su visibilización por personas del entorno de la víctima, bien han tenido reflejo en las actuaciones judiciales, por formularse conjuntamente acusación por violencia padecida antes del homicidio o por aflorar en el acto del juicio oral, siendo perfectamente compatible con la idea de que **el resultado de muerte nunca corresponde a la primera agresión sino que culmina un calvario de violencias padecidas**. (ver Gráfico 26).

GRÁFICO 26.
AGRESIONES PREVIAS REFLEJADAS EN SENTENCIA.



23'

En un **64,28 %** de casos, **la víctima tenía hijos o hijas**, lo que revela el efecto multiplicador del número de víctimas en los casos de violencia de género. Incluso, **en un 12,59 % de casos, los hijos o hijas se encontraban presentes en el momento del acometimiento mortal**.

24'

En sólo 27 casos han existido **testigos directos** de los hechos, lo que corresponde a **un 18,36 % del total de asuntos**. Esto evidencia la habitual soledad en la que se ejerce esta violencia, incluidas sus fases iniciales. Podría revelar, además, la búsqueda de la impunidad de los hechos por el autor, con carácter general.



**25**

El **domicilio común o el de la víctima** configuran el principal escenario de la agresión que termina en el homicidio o asesinato de aquélla. Ello sucede en un **79,31 %** de casos, frente a un **20,69 %** de supuestos en que los hechos se desarrollan **fuera del mismo**. (ver Gráfico 27).

26

En la **totalidad de casos** en que la sentencia refleja el pronunciamiento sobre la situación personal del presunto autor, tras los hechos, **se acordó la prisión provisional del autor o autora**.

27

Del total de casos que han llegado a juicio oral en el período de tiempo al que se contrae este estudio, **en 99 casos se ha personado la acusación particular** (los/as perjudicados/as por el delito); concurriendo o no con ésta, **en 36 se ha ejercido la acusación popular y en 15 casos se ha personado el Abogado del Estado**, bien en representación del Instituto de la Mujer, bien en la de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Este último dato receptiona el paulatino incremento en la toma de conciencia de los poderes públicos para responder en todos los frentes posibles contra esta violencia. La reciente y expresa previsión recogida en el art. 29.2 de la Ley Integral, que legitima a la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer para intervenir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de los derechos e intereses tutelados por dicha norma, permite augurar un incremento significativo de su personación en el futuro, que corresponderá, además, normalmente al enjuiciamiento de hechos producidos a partir de la creación de esta Delegación Especial por la Ley Integral, como organismo de tutela institucional. (ver Gráfico 28).

28

Sólo en 3 casos, esto es en el **2,04 %** de supuestos, **los Tribunales del Jurado se pronunciaron a favor de un indulto parcial** de la persona condenada. Ello indica que, en prácticamente la totalidad de supuestos, consideró proporcionales y ajustadas las penas a imponer. (ver Gráfico 29).

29

Con carácter general, se aprecia **la coherencia argumentativa y el sentido común del que hacen gala los Tribunales del Jurado** a la hora de valorar la prueba y las circunstancias que concurren en hechos de tan extraordinaria gravedad como los que constituyen el objeto de estudio así como al expresar los motivos que, en

cada caso, les llevan a contestar, en el sentido en que lo hacen, las preguntas del veredicto, formuladas por el Magistrado Presidente para la posterior redacción de la sentencia.

GRÁFICO 27.
LUGAR DE LOS HECHOS.

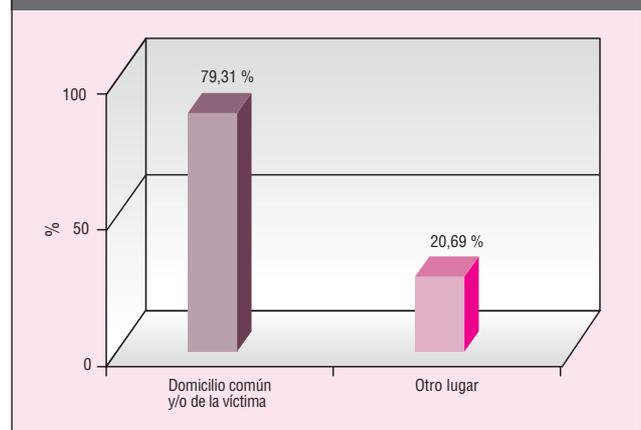


GRÁFICO 28.
TIPO DE ACUSACIÓN.

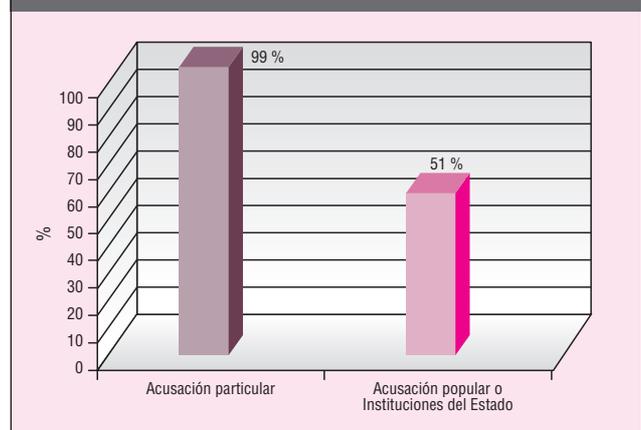
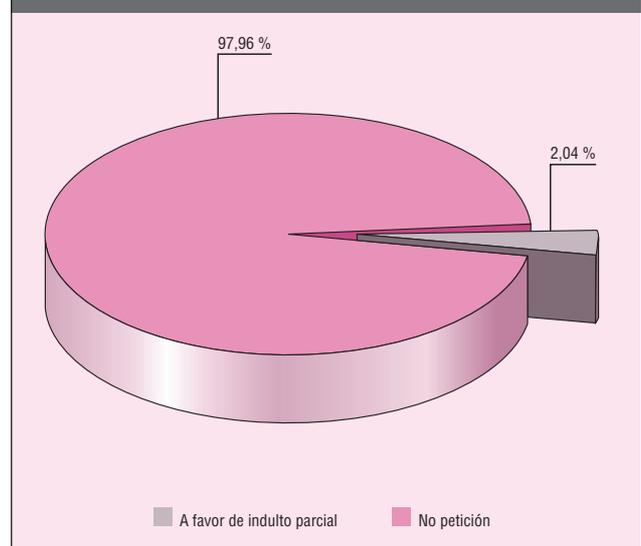


GRÁFICO 29.
PRONUCIAMIENTO SOBRE INDULTO.



M U J E R Y C I E N C I A
E S T U D I O :

Solicitud de Integración de las Políticas Europeas y Estatales sobre Mujer y Ciencia en las Políticas Autonómicas de Investigación Científica e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Aragón

POR GRUPO DE ARAGÓN DE AMIT
(ASOCIACIÓN DE MUJERES
INVESTIGADORAS Y TECNÓLOGAS).



INTRODUCCIÓN

Este documento ha sido elaborado y se presenta por el grupo de Aragón de la *Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas (AMIT)*.

Desde 1996, la estrategia de la **Comisión Europea** en materia de igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres es el “gender mainstreaming” (que podríamos traducir como *transversalidad*), es decir, la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en todos los grandes ámbitos de la política. A partir de 1999, desde la Comisión, el Consejo y el Parlamento europeos se ha instado a los países miembros de la Unión a llevar a término políticas de transversalidad de género en el ámbito nacional y regional en el tema de “mujer y ciencia”. En particular, la Comisión Europea ha promovido **un conjunto de medidas que aseguran una política de igualdad de género dentro de los sucesivos Programas Marco** y en particular en el actual, VI Programa Marco (2003-2007). Dentro de los principios fundamentales del VI Programa Marco destacaremos que la evaluación de propuestas se considerará positivamente que: *las actividades de investigación promoverán la igualdad de oportunidades fomentando la participación de las mujeres, e impulsarán el conocimiento divulgando los resultados y consecuencias de la investigación más allá de la comunidad científica de modo que alcance al público general*, [http://europa.eu.int/comm/research/fp6/pdf/fp6-in-brief_en.pdf].

FUNDAMENTOS DE LAS POLÍTICAS EUROPEAS DE “MUJER Y CIENCIA”

En Febrero de 1999 la **Comisión Europea** ¹ puso en marcha un plan de acción en el que se fijaban dos objetivos prioritarios en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito de la investigación:

1

Fomentar la discusión y el intercambio de experiencias entre los Estados miembros.

2

Desarrollar un conjunto coherente de acciones dirigido a la promoción de la mujer en las actividades de investigación.

El plan de la Comisión reconocía que la igualdad de oportunidades significa la necesidad de promover la investigación por, para y sobre las mujeres.

La iniciativa de la Comisión fue acogida favorablemente por el **Consejo de Europa** ², que emitió una resolución invitando a los Estados miembros a:

a

Facilitar la información existente sobre el equilibrio de sexos en el personal dedicado a la investigación y el desarrollo, en particular, los datos que muestran la dis-

tribución vertical y horizontal de las mujeres dentro del sistema de investigación científica.

b

Tomar parte activa en el diálogo propuesto por la Comisión en su Comunicación, intercambiando opiniones sobre las políticas seguidas a nivel nacional.

c

Perseguir el objetivo de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito de la ciencia.

La iniciativa de la Comisión también fue apoyada por el **Parlamento Europeo** ³ en su resolución de Febrero de 2000.

Los primeros datos sobre la situación concreta de las mujeres investigadoras en las universidades y los centros de investigación de los países de la Unión se presentó en el informe ETAN ⁴, en Noviembre de 1999. Este informe puso de manifiesto, una vez más, que a medida que subimos en la escala de la carrera profesional, el número de mujeres disminuye. Este fenómeno, ilustrado con la “gráfica de las tijeras”, se concreta en que menos del 10 % de los puestos más altos del sistema científico están ocupados por mujeres, aunque la mitad de los licenciados universitarios son mujeres.

A partir de 1999, la Unión ha continuado insistiendo en la importancia de llevar a término políticas de igualdad entre mujeres y hombres a todos los niveles. Por ejemplo, la Resolución del Consejo de 2001 ⁵, la resolución del Parlamento de 2002 ⁶ y el Informe de la Comisión Europea de Febrero de 2005 ⁷, plantean nuevamente a los estados la necesidad de:

“promover a las mujeres en la ciencia”

“recoger estadísticas desglosadas por sexos”

INTEGRACIÓN DE LA TRANSVERSALIDAD EN LOS PROYECTOS DEL VI PROGRAMA MARCO DE LA COMISIÓN EUROPEA

Como consecuencia de las diferentes acciones llevadas a término por la Comisión Europea a lo largo de los últimos años y en vista de los resultados obtenidos sobre la desigualdad entre sexos en el campo “mujer y ciencia” en Europa, el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo tomaron la decisión de que:

Todas las actividades que se desarrollen en el VI Programa Marco han de promover la igualdad entre sexos en la investigación científica, en todas sus formas

Con esta decisión se pretende promover la presencia de las mujeres en la investigación científica tanto en lo que concierne a su participación como científicas/tecnólogas como en los procesos de evaluación y asesoramiento, es decir, en los procesos de decisión de las políticas científicas.

Los acuerdos y decisiones adoptados por los organismos europeos han dado lugar a las siguientes acciones dentro del VI Programa Marco, de aplicación de 2003 a 2007:

**1**

Todos los proyectos, de todo tipo y ámbito, deben incluir obligatoriamente un apartado de aspectos de género. En este apartado, todos los proyectos han de incluir en el anexo técnico dos aspectos:

a

La dimensión de género en la investigación. Es decir, en todos los proyectos, el personal investigador debe cuestionarse sistemáticamente si, y en qué sentido, el sexo es relevante en los objetivos y la metodología del proyecto de investigación.

b

La promoción de la participación de las mujeres en la investigación científica. Todos los proyectos deben favorecer la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la participación en el proyecto. Por eso, todos los proyectos deben incluir en su anexo técnico, un plan de acción para conseguir, dentro del proyecto, la igualdad entre las personas participantes, independientemente de su sexo y en el caso de detectar un desequilibrio, realizar las acciones pertinentes para favorecer la participación de la minoría.

2

La Comisión ha establecido como objetivo para este VI Programa Marco que la participación de las mujeres en los grupos de evaluación de las propuestas de proyectos sea del 40 %.

3

Todos los datos de participantes deben incluir el sexo, es decir, las estadísticas deben hacerse desglosadas por sexo.

4

Los programas de movilidad como, por ejemplo, las acciones Marie Curie favorecerán la incorporación de las mujeres como investigadoras.

UNA PROPUESTA PARA LA INTEGRACIÓN DE LA TRANSVERSALIDAD EN EL IV PROGRAMA AUTÓNOMICO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA DE LA COMUNIDAD DE ARAGÓN

Actualmente, el tema “mujer y ciencia” se encuentra en el centro de las políticas europeas sobre la construcción del Espacio Europeo de Investigación (ERA). Para la Unión ^a, la infrarrepresentación de las mujeres es un impedimento para la completa realización del ERA y, además, la no incorporación de las mujeres investigadoras significa:

“un desaprovechamiento inaceptable de recursos humanos que no nos podemos permitir”

El progreso hacia la igualdad entre hombres y mujeres en la ciencia es esencial para aprovechar el potencial de las mujeres investigadoras, para mejorar la calidad y la innovación y para acercar la investigación a la sociedad.

Pensamos que este es el momento adecuado para insistir en la necesidad de que se lleven a término, en la Comunidad de Aragón, políticas científicas que tengan en cuenta las directrices europeas en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

AMIT solicita la inclusión en el III Plan autonómico de investigación, desarrollo y transferencia de conocimientos y en las futuras convocatorias de proyectos de investigación de unos objetivos análogos a los del VI Programa Marco que hemos resumido en el apartado anterior. En particular, nos parece imprescindible que el Plan haga mención expresa a:

■ **La promoción de la participación de las mujeres en la investigación científica.**

■ **La elaboración de los datos sobre personal investigador desglosados por sexo.**

Esta solicitud está avalada por el hecho de que la mayoría de los graduados universitarios actuales son mujeres, mientras que la distribución de las mujeres en los diferentes niveles de la carrera profesional muestra un claro desequilibrio decantado hacia las posiciones más bajas (ver Anexo I).

Por otra parte, y para avanzar en el cumplimiento de los acuerdos tomados a nivel europeo en cuanto a la igual-

1

Comunicación de la Comisión (COM (1999) 76) “Mujer y ciencia: Movilizar a las mujeres en beneficio de la investigación europea”.

2

Resolución del Consejo adoptada el 20 de Mayo de 1999, OJ C 201/1 – 16.7.1999.

3

Resolución del Parlamento Europeo, adoptada el 3 de Febrero de 2000 (PE284.656).

4

Science policies in the European Union: Promoting excellence through mainstreaming gender equality. A Report from the ETAN Expert Working Group on Women and Science [ftp://ftp.cordis.lu/pub/etan/docs/women.pdf]

5

Resolución del Consejo adoptada el 26 de Junio de 2001 (10357/01) sobre “ciencia y sociedad y sobre mujeres en ciencia”.

6

Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al consejo, al Parlamento Europeo, al comité económico y social y al Comité de las Regiones “Hacer realidad el Espacio Europeo de Investigación: guía para las actividades de investigación de la Unión Europea”.

7

Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on equality between women and men, 2005. Brussels, 14.2.2005, (COM(2005) 44 final).

8

Documento de trabajo de la Comisión de 15 de Mayo de 2001 (SEC (2001) 771) “Las mujeres y la ciencia. Utilidad de la dimensión del género para impulsar la reforma científica”.

Todos estos documentos se pueden encontrar en www.cordis.lu



dad entre hombres y mujeres, la AMIT solicita a las autoridades de la Comunidad de Aragón que:

- Toda institución pública en la que se desarrolle investigación y docencia deba generar y hacer accesibles los datos de personal, en todos los niveles, desglosados por sexo.
- Se promueva la igualdad entre hombres y mujeres en la ciencia, de manera que las perspectivas de acción y promoción de las mujeres estén al mismo nivel que las de sus compañeros hombres.
- Se garantice la participación igualitaria en las comisiones de elaboración de las políticas científicas.
- Se garantice la participación igualitaria en todas las comisiones de evaluación.

Solicitamos también que en los criterios de evaluación tanto de los proyectos de investigación como de los grupos de investigación de la Comunidad Autónoma se valore positivamente la presencia de mujeres como responsables de la dirección de los proyectos y grupos de investigación.

Quisiéramos, además, que se añadiera un punto en las convocatorias de becas de la Dirección General de Aragón relativo a la compatibilidad de la vida laboral y familiar de las

mujeres, que específicamente exprese que sea obligación de todas las becas de disfrute en la comunidad que coticen a la Seguridad Social de modo que todas las becarias e investigadoras tengan derecho a permisos de maternidad. Así mismo solicitamos que las becarias predoctorales que se ausenten de su trabajo con permiso por maternidad conserven íntegro su salario y siempre con la posibilidad de recuperación del período de tiempo de la baja por maternidad (sin que esto esté condicionado a disponibilidades presupuestarias). Este punto nos parece esencial para dar cumplimiento de la Ley de conciliación de la vida laboral y familiar.

Asimismo, quisiéramos señalar que, tal como se recoge en el documento sobre Medidas para la Igualdad, de la Presidencia del Gobierno (BOE de 8 de Marzo de 2005), se mantiene una diferencia salarial relevante entre hombres y mujeres por el mismo trabajo en las empresas privadas. Por ello, pedimos que, en las empresas que soliciten subvenciones de la DGA para sus tareas de I+D, se garantice la paridad en los salarios de hombres y mujeres que ocupen puestos de trabajo con la misma categoría y responsabilidades.

Finalmente, es necesario implementar un “plan de monitorización” de los progresos obtenidos mediante la creación de una Unidad de seguimiento de la actividad y distribución de recursos entre ambos sexos, unidad en la que la asociación AMIT estaría dispuesta a colaborar.

ANEXO I. Datos estadísticos de interés para esta solicitud

TABLA 1. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LOS ALUMNOS Y PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA POR ÁREAS DE CONOCIMIENTO.

Área Conocimiento	% Alumnas	% Profesoras fijas	% Catedráticas
Biomédicas	75	30	15
Científicas	61	32	5
Humanísticas	71	46	25
Sociales	63	44	5
Técnicas	26	14	0

Fuente: VERDE, M. "Ciencia y Mujer". *Revista Rolde*, núm. 111-112, enero-junio 2005.

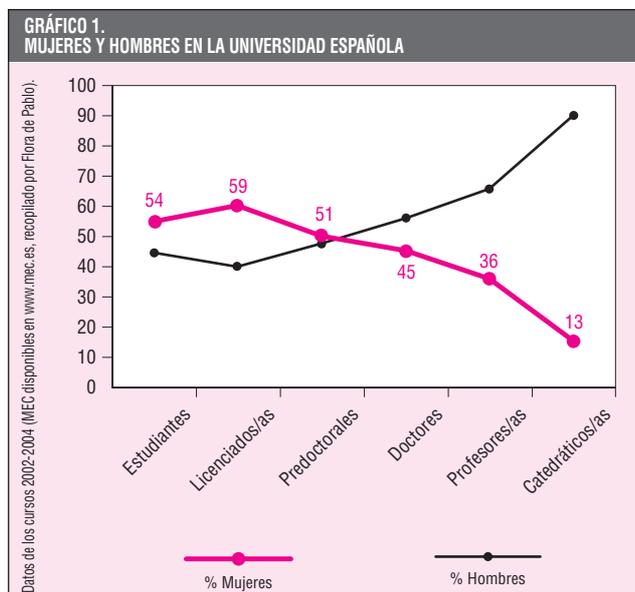
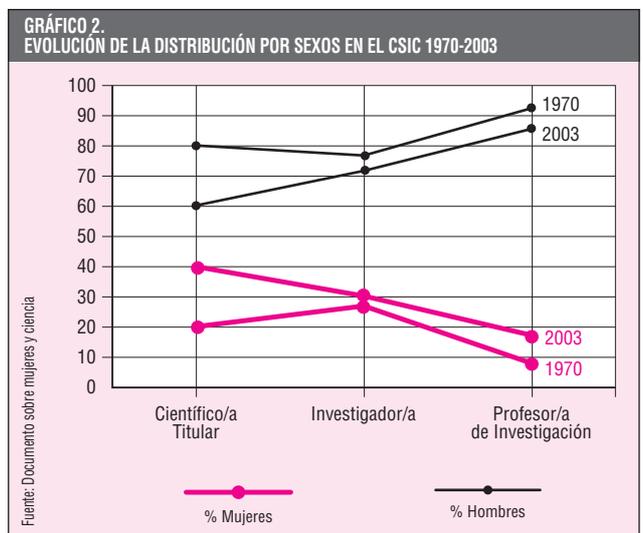


TABLA 2. DISTRIBUCIÓN DEL PERSONAL FUNCIONARIO POR SEXO/CUERPO/ESCALA EN EL CSIC

	Hombres	Mujeres	% Mujeres
Prof. de Investigación CSIC	400	71	15,07
Investigador Científico CSIC	408	182	30,84
Científico Titular CSIC	794	506	38,92
Tit. Sup. Especial CSIC	91	91	50
E. Téc. Espec. Grado Medio OPI	297	293	41,18
E. Ayudante Investigación OPI	297	400	57,38
E. Auxiliar Investigación OPI	44	54	55,10
Cuerpos de otras Administraciones	239	482	66,85

Datos: Diciembre de 2004.



HUESCA

E-mail: iamhu@aragon.es

- **ALTO GÁLLEGO**
Serrablo, 113. Teléfono 974 480 376 – 974 483 311. Sabiñánigo.
- **BAJO CINCA/BAIX CINCA**
P.º Barrón Segoñe, 7 bajos. Teléfonos 974 454 196 – 974 472 147. Fraga.
- **CINCA MEDIO**
Avda. del Pilar, 47. Teléfono 974 415 973 – 974 403 593. Monzón.
- **HOYA DE HUESCA**
Ricardo del Arco, 6. Teléfono 974 293 031. Huesca.
- **LA JACETANIA**
Levante, 10. Teléfono 974 356 735. Jaca.
- **LA LITERA/LA LLITERA**
Doctor Flemig, 1. Teléfono 974 431 022. Binéfar.
- **LOS MONEGROS**
Avda. Huesca, 24 (pasaje comercial). Teléfono 974 570 701. Sariñena.
- **RIBAGORZA**
Ángel San Blacat, 6. Teléfono 974 540 385. 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: iamteruel@aragon.es

- **ANDORRA-SIERRA DE ARCOS**
Pº de las Minas, esquina C/ Ariño, 1. Teléfono 978 843 853. Andorra.
- **BAJO ARAGÓN**
Mayor, 2 bajo dicha. Teléfono 978 871 217. Alcañiz.
- **BAJO MARTÍN**
Lorente, 45. Teléfono 978 826 474. La Puebla de Híjar.
- **CUENCAS MINERAS**
Escucha, s/n. Teléfono 978 756 795. Utrillas.
- **GÚDAR-JAVALAMBRE**
Plaza de la Villa, 1. Teléfono 978 800 008. Mora de Rubielos.
- **JILOCA**
Avda. de Valencia, 3. Teléfono 978 731 618. Calamocho.
- **MAESTRAZGO**
Ctra. del Pantano, s/n. Teléfono 978 887 574 – 978 887 526. Castellote.
- **MATARRAÑA/MATARRANYA**
Avda. Cortes de Aragón, 7. Teléfono 978 890 884. 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. 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. Teléfonos 976 852 028 – 976 852 858. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**
Avda. Goya, 23. Teléfono 976 622 101. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**
Mayor, 60-62. Teléfono 976 545 030. Daroca.
- **CINCO VILLAS**
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**
Santa Teresa de Jesús, 30-32. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.
www.aragon.es



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

ASESORÍA JURÍDICA

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

ASESORÍA PSICOLÓGICA

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

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

ASESORÍA LABORAL

iاملaboral@aragon.es

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

La (re)configuración del concepto de violencia contra las mujeres en el sistema de derechos humanos. La labor de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. Por Víctor Merino Sancho. Becario FPI de la Generalitat Valenciana. Instituto Universitario de Derechos Humanos. Universidad de Valencia.	6
--	---

DERECHO ESPAÑOL

La carga de la prueba en el proceso social en la Ley Orgánica 3/2007. Por Juan Molins García-Atance. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.	12
--	----

Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo. Por María Cristina Polo Sánchez. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca.....	16
--	----

El permiso de lactancia, las últimas reformas y el estado de la cuestión. Por José Fernando Lousada Arochena. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social.....	24
--	----

Mejoras en la acción protectora del sistema público de Seguridad Social tras la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por Sara Alcázar Ortiz. Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza. Por Camino Ortiz de Solórzano Aurusa. Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza.	29
--	----

Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos. Por Aura Tazón Cubillas. Abogada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria. Colaboradora del Área de Derecho Romano de la Universidad de Cantabria.	38
---	----

Jurisprudencia

Análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del jurado en el periodo 2001-2005, relativas a homicidios o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex-pareja. Conclusiones. Por Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).	50
---	----

ESTUDIO: MUJER Y CIENCIA

Solicitud de Integración de las Políticas Europeas y Estatales sobre Mujer y Ciencia en las Políticas Autonómicas de Investigación Científica e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Aragón. Por Grupo de Aragón de AMIT (Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas).....	63
---	----

