

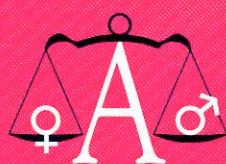
A E Q U A L I T A S

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 3

ENERO 2000

PERIODICIDAD CUATRIMESTRAL



LA revista jurídica AEQUALITAS nació para informar a toda la sociedad aragonesa sobre la situación de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la legislación, jurisprudencia y en el quehacer diario y práctico de los y las profesionales, principalmente relacionados con el ámbito jurídico, cuya tarea es fundamental en el logro y la efectividad de los derechos y la igualdad real para las mujeres.

EL comienzo de un nuevo milenio nos replantea la necesidad de continuar, con total dedicación, nuestra labor de promover un cambio de actitudes acerca del papel que desempeñan las mujeres y los hombres en la sociedad del siglo XXI. Por ello, la importancia de intercambiar experiencias a través del conocimiento y profundización en los avances legislativos y jurisprudenciales que se vayan produciendo, referentes a la aplicación y desarrollo del principio constitucional de igualdad. Esta contribución a la integración de la perspectiva de género mujer-hombre en todos los ámbitos, potenciará un modelo de sociedad más justo y democrático.

EN esta ocasión, y tras mi incorporación al Consejo de Redacción, quisiera agradecer la colaboración de todas y todos los profesionales que han participado en su elaboración. También me gustaría animar a otras y otros muchos para que se unan, con diversidad de criterio y perspectiva, a esta gran labor, para que la igualdad legal sea igualdad real.

QUIERO aprovechar la proximidad del Día Internacional de la Mujer, fecha en la que conmemoramos y reivindicamos las aportaciones realizadas por todas las mujeres en la evolución de la humanidad y denunciemos las situaciones todavía de injusticia y desigualdad, para invitar a las Jornadas que ha programado el IAM para conmemorar este 8 de marzo de 2000. En ellas se abordarán normativas legislativas aprobadas recientemente y de gran trascendencia social; me refiero a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre la conciliación de la vida familiar y laboral y la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y extranjeras en España y su integración social, legislaciones que de manera especial afectan a las mujeres que viven en nuestra Comunidad.

FINALMENTE recordar que el Estatuto de Autonomía de Aragón dispone la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para que la igualdad entre las personas sea real y efectiva removiendo los obstáculos que lo impidan, y en esta tarea el Gobierno de Aragón, a través del Instituto Aragonés de la Mujer, pone todo su empeño y esfuerzo.

Ana de Salas Giménez de Azcárate

Directora General del IAM
Subdirectora de la Revista AEQUALITAS



CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

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

SUBDIRECTORA

ANA DE SALAS GIMÉNEZ DE AZCÁRATE

Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA DE REDACCIÓN

ANA TRICIO GALÁN

Secretaria General del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA TÉCNICA

MERCEDES DE ECHAVE SANZ

Responsable del Centro de Documentación
y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

VOCALES

JUAN RIVERO LAMAS

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

GABRIEL GARCÍA CANTERO

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

ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

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

MERCEDES BAYO

Abogada. Coordinadora en Zaragoza del Servicio Jurídico
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

MARÍA JOSÉ BALDA MEDARDE

Abogada. Coordinadora en Huesca del Servicio Jurídico
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

M.^a ÁNGELES SANZ SÁEZ

Abogada. Coordinadora en Teruel del Servicio Jurídico
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

EDITA:

- Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y
Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

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

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

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

CONSEJO ASESOR

JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

Vicepresidente y Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón.
Presidente del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

BENJAMÍN BLASCO SEGURA

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

VEGA ESTELLA IZQUIERDO

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

CONCEPCIÓN DANCAUSA

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

RAFAEL SANTACRUZ BLASCO

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

CARLOS CARNICER DÍEZ

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

ANTONIO COARASA GASÓS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

JOSÉ VICENTE MONTÓN ZURIAGA

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

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

DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

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

ELISA SIERRA

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

CARMEN ORTIZ LALLANA

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

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

ROBERT ALEXY

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

ALFONSO RUIZ MIGUEL

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

DOLORES SERRAT MORÉ

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

TERESA PÉREZ DEL RÍO

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

FERNANDO REY MARTÍNEZ

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

PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

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

AMPARO BALLESTER PASTOR

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

MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

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

BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

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

MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

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

LUIS NAVARRO ELOLA

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

CARMEN SÁEZ LARA

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

ASUNCIÓN VENTURA

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

CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Técnica Jurídica. Gobierno de Aragón.

ROGELIO ALTISENT

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

AURORA LÁZARO

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

MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1

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

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

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

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

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

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

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

3

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

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

4

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

5

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

En estos últimos meses, después del anterior número de AEQUALITAS, se han promulgado dos leyes que afectan muy directamente a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Nos referimos a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, así como a la nueva regulación sobre el impuesto sobre la renta de personas físicas, que crea el concepto de “Mínimo personal y familiar”, recogido desde hace tiempo en la legislación y doctrina jurídica alemana.

El presente número de la revista se centra precisamente en la normativa española, la desgravación fiscal en la unidad familiar, y por hijos e hijas. Posponemos, así, al siguiente número el análisis de la Ley de Conciliación entre vida familiar y laboral. Hemos antepuesto el estudio del nuevo impuesto al tener en cuenta las fechas previstas para la declaración de la renta de las personas físicas.

En consecuencia los aspectos financieros y económicos son el hilo conductor de este número. Destacamos una sentencia del Tribunal Constitucional alemán que obliga al Estado a la desgravación fiscal por hijo o hija, teniendo en cuenta que los progenitores deben hacer frente a los gastos de alimentación, mantenimiento y educación, es decir del denominado “Mínimo vital”.

De ahí que en la sección interdisciplinar hayamos dado paso a un análisis económico sobre lo que cuesta mantener y educar a los hijos e hijas, y cómo ello repercute de manera diversa en los hombres y mujeres a la hora de hacer elecciones de la distribución de su tiempo profesional y familiar. Por otra parte, la situación económica de la mujer y el hombre juega un papel fundamental a la hora de debatir la pensión compensatoria en casos de separación y divorcio. Por ello presentamos en el foro de debate dos opiniones diversas de un abogado y una abogada.

Según se refleja en la sentencia del Tribunal Superior de la Rioja, que declara la nulidad de un despido de una trabajadora embarazada, a la mujer le sigue costando “más caro” el embarazo, cuando es discriminada laboralmente por ello.

Iniciamos también una serie de artículos sobre jurisprudencia en la que se plantea el conflicto entre tradición versus artículo 14 de la CE, con el caso del Alarde de Irún al que seguirán otras discusiones como la suscitada por la prelación del varón sobre la mujer en la herencia de los títulos nobiliarios.

Agradecemos especialmente la estrecha colaboración del Justicia de Aragón, Don Fernando García Vicente.

Por último, reiteramos nuestra invitación a todos los lectores y lectoras a participar en la revista en la sección de Breves. Recogemos en este número las inquietudes de una profesional en relación con la protección de la intimidad durante el proceso judicial de las víctimas de agresiones sexuales domésticas, sobre todo cuando son menores.

María Elósegui Itxaso

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

El Tribunal Constitucional alemán revoluciona las arcas del Estado con una sentencia

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

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

Según una sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 10 de noviembre de 1998¹, con sede en Karlsruhe, el Estado alemán deberá ofrecer mayores ayudas fiscales a los matrimonios con descendencia para que no queden discriminados respecto a las familias monoparentales. Esta es la conclusión de un caso iniciado por tres matrimonios que se consideraban discriminados fiscalmente frente a las madres o padres solteros, divorciados o viudos.

Las leyes vigentes hasta ahora concedían a las familias monoparentales desgravaciones en el impuesto sobre la renta en concepto de manutención y educación de las hijas e hijos. Estas ayudas, sin embargo, sólo eran otorgadas a los matrimonios en determinados casos, como invalidez

o enfermedad. Los jueces de Karlsruhe han dictado la anticonstitucionalidad de esta medida apoyándose en el artículo 6 de la Ley Fundamental, que impide favorecer otras formas de convivencia frente al matrimonio².

En Alemania, existía una deducción fiscal por descendientes sólo en los hogares monoparentales, y en casos excepcionales en los matrimonios, cuando uno o los dos cónyuges están discapacitados o sufren una enfermedad. El resto de los matrimonios no tenían ninguna desgravación fiscal por la educación de las hijas e hijos, aunque sí tienen otro tipo de ayudas como el Erziehungsgeld, una ayuda económica mensual durante un año si el padre o la madre se queda en casa atendiendo al hijo o a la hija³.



1

BVerfG, beschl.v. 10.11.1998, NJW, Heft 8, (1999), pp. 557-561.

2

Artículo 6 de la Constitución alemana.

1. El matrimonio y la familia están bajo la protección particular del orden estatal.
2. El cuidado y la educación de los hijos son derecho natural de los padres y constituyen una obligación incumbente primordialmente a ellos. La colectividad pública vela por su cumplimiento.
3. Contra la voluntad de los encargados de su educación, los niños sólo podrán ser separados de la familia en virtud de una ley, cuando los encargados de la educación no cumplan con su deber o, por otros motivos, los niños corran peligro de desamparo.
4. Toda madre tiene derecho a la protección y a la asistencia de la colectividad.
5. Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos.

3

Según resume Vicente Poveda en una nota de prensa de 3 de febrero de 1999, las consecuencias económicas serán las siguientes; la sentencia del Constitucional reconoce el derecho de los matrimonios a recibir también las desgravaciones por cuidado y educación de los hijos/as. El gobierno tiene hasta finales de año para reorganizar el sistema de deducciones por atención a los hijos. Si hasta entonces no toma ninguna medida, a partir del 1 de enero de 2000 los matrimonios podrán deducir 4.000 marcos anuales (2.045 euros) por el primer hijo y 2.000 marcos por cada uno de los restantes. La aplicación de desgravaciones por gastos en educación entrará en vigor a principios de 2002. Por este concepto, los padres podrán deducir 5.616 marcos anuales (2.871 euros) de los ingresos a declarar. Estas ayudas se unirán a las existentes hasta ahora. Los matrimonios podrán seguir eligiendo entre un subsidio de 3.000 marcos anuales (1.534 euros) por paternidad o reducir en 6.912 marcos (3.534 euros) el importe a declarar.

El Tribunal de Karlsruhe considera necesaria la aplicación de estas deducciones, ya que las familias tienen un rendimiento menor que los contribuyentes sin hijos, al tener que emplear trabajo y medios económicos para cuidar a los hijos. Además, según los jueces, esto es siempre así con independencia de que los padres se ocupen personalmente de sus hijos o recurran a las ayudas de terceras personas.

Después de todas estas mejoras, una familia con un solo hijo y unos ingresos brutos de 4.000 marcos mensuales quedará exenta del impuesto, de modo que se ahorraría 2.800 marcos (1.432 euros) anuales. Una familia con un hijo en que los dos cónyuges trabajen y con unos ingresos brutos totales de 6.200 marcos (3.170 euros) tendría que pagar 3.600 marcos (1.840 euros) menos cada año y ahorraría 360 marcos anuales por un segundo hijo.

Según han afirmado expertos del Ministerio de Hacienda, dirigido por el socialdemócrata Oskar Lafontaine, de la medida se beneficiarán más de siete millones y medio de familias. Los primeros cálculos oficiales indican que el Estado dejará de percibir anualmente unos 22.500 millones de marcos, cerca del 5% del presupuesto federal de este año.

Durante los años 86 y 87 se concedió una desgravación a los matrimonios por la primera hija o hijo, pero no por el segundo. El Tribunal ha considerado que esto era también anticonstitucional, ya que en el resto de situaciones, personas con hijas y/o hijos no casadas o separadas o divorciadas, en definitiva hogares monoparentales, se concedía desgravación por cada descendiente. En una reforma legislativa posterior incluso se suprimió esa desgravación en el caso de los matrimonios.

Con la legislación actual se podía dar la paradoja de que una pareja conviviente, aportando las dos partes sus ingresos al mismo hogar o unidad familiar, pero figurando como solteros, si tenían descendientes, podían recibir esta desgravación, mientras que un matrimonio casado en las mismas circunstancias no tenía ese derecho.

Aunque la formulación de la sentencia se refiera a los dos cónyuges, beneficiará indirectamente a las mujeres con hijos y/o hijas.

Esta deducción de impuestos equivale en realidad de otra forma a un ingreso mensual bastante sustancioso, que está destinado al cuidado del hijo o hija, que puede destinarse por ejemplo al pago de una guardería. Esta medida aunque es neutra, o está destinada en su caso a los dos cónyuges, facilita que el matrimonio pueda contar con unos ingresos suficientes para el cuidado del hijo o de la hija menor, facilitando así que la mujer se mantenga en su puesto de trabajo.

Si utilizamos la prueba estadística, en Alemania es la mujer la que disminuye normalmente su horario de trabajo o utiliza la excedencia para el cuidado de hijos y/o hijas. Muchas veces porque sus ingresos son más bajos que los del varón, y porque los gastos de guardería o de una baby-sitter son tan elevados que no le compensa seguir trabajando y dejar su hija o hijo a cargo de terceras personas.

En Alemania, como en España, la ley ofrece la posibilidad de solicitar una excedencia para cuidado de los descendientes. La ley alemana, denominada Erziehungsurlaub, consiste en la posibilidad de solicitar, cuando el padre y la madre trabajan, por parte de uno de

ellos, una excedencia laboral de un máximo de tres años no retribuida, con guarda del puesto de trabajo. Durante esos tres años el padre y la madre pueden alternarse en la solicitud de la excedencia. La ley es parecida a la ley española vigente sobre excedencias parentales.

La diferencia está en dos puntos, primero que la conservación real del puesto de trabajo es absoluta, a diferencia de la práctica española en la que una cosa es la letra de la ley y otra la inseguridad laboral que se produce para reintegrarse después de una excedencia. En segundo lugar, quizá por el motivo anterior junto a la existencia del Erziehungsgeld (que asciende a una ayuda de unas 50.000 pesetas mensuales durante un año), el 94% de los progenitores se acogen a la excedencia por lo menos durante el primer año, y de esa cifra sólo un 1% son varones, el resto son mujeres.

Por otra parte, es un avance reconocer y hacer una valoración económica de los costes de cuidado, ya que es una función que ha desempeñado y desempeña, todavía hoy, con frecuencia la mujer. En la argumentación de la sentencia se sienta doctrina sobre el hecho de que las horas que el padre y la madre dedican al cuidado de los hijos e hijas es una inversión social, que además se les cuantifica, considerando que es ya una inversión para el bien común, o para las arcas del Estado social. Esta vez no son sólo palabras, sino dinero contante y sonante.

El resultado es que quien invierta en la educación de un hijo o una hija prácticamente se verá exento de impuestos, porque se supone que ha hecho una inversión de interés social. Está contribuyendo, por tanto, a la buena marcha de la sociedad.

En definitiva, reconocer que la educación de los hijos e hijas tiene un coste económico cuantificable es altamente positivo para la mujer y el hombre. El coste del tiempo empleado en la educación y cuidado de los hijos e hijas (muchas horas) y el dinero invertido son así equiparados a una contribución económica fiscal.

Los costes del cuidado del hijo o de la hija se contabilizan bien por las horas que el padre o la madre dedica personalmente y



que por tanto deja de dedicar a otro trabajo remunerado, bien porque durante las horas que ambos trabajen deben confiar su cuidado a una tercera persona a quien deben retribuir (guardería, baby-sitter, servicio doméstico etc.). Por otra parte, desde una perspectiva de género se reivindica que las personas dedicadas al cuidado estén bien retribuidas, ya que su trabajo es de crucial importancia y debe ser valorado, debe contar con unas condiciones económicas buenas etc., entonces será caro.

La nueva ley alemana de impuestos permitirá la desgravación fiscal por cada hija o hijo a todo tipo de madres y padres, cónyuges, separados, divorciados, solteros, convivientes.

Como conclusión de la sentencia se tratará fiscalmente a todos y a todas por igual, en este caso tampoco al matrimonio mejor sino por lo menos en igualdad, aunque la Constitución permite ir más allá e incluso que se les diera un tratamiento mejor. Es decir, en todo caso, incluso estaría permitida una discriminación positiva o un trato de favor, constitucionalmente protegido del matrimonio frente a otras formas de convivencia. Estas últimas no podrían exigir los mismos derechos que los otorgados a los cónyuges.

Y de un modo global para tratar igual a los padres y madres con descendientes frente a los que no los tienen debe contarse con la carga económica que el primer grupo tiene, que se considera un gasto con el que ya están contribuyendo al Estado social.

LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA²¹

El artículo 6 establece un especial principio de igualdad. Protege el matrimonio y la familia frente a otras formas de vida y educación en común. Esta prohibición de discriminación del matrimonio no permite diferenciarlo negativamente frente a otras situaciones, ya que el artículo 6 protege la existencia del matrimonio y el derecho de los padres y madres a educar a sus hijos e hijas en común.

El art. 6.2. añade que “El cuidado y la educación de los hijos son derecho

natural de los padres y constituyen una obligación incumbente primordialmente a ellos. La colectividad pública vela por su cumplimiento”. Luego es también una responsabilidad que se les debe exigir a ambos. Por tanto, el Estado y la legislación deben fomentar y exigir que, padre y madre, se hagan responsables de los descendientes, y no facilitar lo contrario dando más ventajas económicas a quien lo incumple (a quien no asume su paternidad o maternidad), aunque sea con la sana intención de apoyar a la parte más débil. Quizá el Estado social deba actuar en los casos excepcionales, pero no presuponer como una regla general que una de las partes de las familias monoparentales, personas separadas o divorciadas, no se harán cargo económicamente de sus hijos e hijas.

La legislación debe prestar atención o proteger en igual medida a los padres y madres con obligaciones de educación de hijos e hijas con independencia del tipo de familia.

Según el Tribunal Constitucional alemán, el cuidado y la educación de los hijos e hijas son un derecho natural de los padres y madres y también una obligación que cumplen en la familia, que es una comunidad educativa, pero también una comunidad económica. Los padres y madres cargan con la obligación de mantener a sus descendientes económicamente. Los padres y madres asumen el coste de la educación cultural y práctica de los hijos e hijas, les cuidan, alimentan y protegen.

El artículo 6 incluso exige una especial obligación de los padres y madres en la responsabilidad de la educación de su descendencia, y una obligación por parte de la colectividad pública de velar para que ellos puedan cumplir con esa obligación que tienen, (y que la Constitución les otorga como derecho, pero a la vez también les exige).

La obligación de la educación corresponde a las madres y padres como la más alta responsabilidad personal, la cual no quiere decir sin embargo que la afronten sólo ellos personalmente. El art. 76.1 de la Constitución

alemana garantiza como derecho protegido la libertad de elegir por ellos mismos en qué forma y en qué medida los cónyuges quieren organizar su vida en común. Por ello el Estado respeta la comunidad (sociedad) familiar y su responsabilidad propia para organizarse como quiera a la hora de cumplir con sus obligaciones en los asuntos personales inmateriales así como en sus responsabilidades económicas (I.1.b).

Los padres y madres deben organizar su vida familiar de acuerdo a sus planes previstos y especialmente en la elección del modo de cumplir con su responsabilidad educativa, por ejemplo en qué momento del desarrollo del niño o de la niña quieren educarle el padre o la madre a solas, o ambos alternativamente, o confiarlo a una tercera persona (aquí la sentencia se refiere a la posibilidad que la ley alemana ofrece de excepciones para educación de los hijos e hijas, la ley denominada *Erziehungsurlaub*, comentada más arriba).

Los padres y madres deben decidir también en qué medida quieren contar con otras personas que les ayuden en la educación de sus hijos e hijas. El artículo 7 de la Constitución alemana desarrolla el derecho de los progenitores a elegir la educación escolar que deseen para su descendencia²².

Según el art. 6 I GG la familia merece una especial protección en el ordenamiento jurídico (estatal). El art. 6.2 legitima al Estado a velar para que esto se cumpla, pero eso no significa que el Estado suplante a los progenitores, imponiéndoles un tipo concreto de educación para sus hijos e hijas. La Constitución garantiza el derecho de los padres y madres a elegir libremente el tipo de educación que quieren para su descendencia, así como el tipo de medios que quieren emplear para cuidarles, la educación escolar, el contenido de la educación, las experiencias vitales que les quieran transmitir etc. Esta responsabilidad primaria de los padres y madres a tomar estas decisiones debe basarse en la búsqueda por su parte del mejor interés del niño y la niña (c).



4

A continuación ofrecemos un resumen de los puntos fundamentales de la sentencia, en el que hemos procurado ajustarnos al máximo al texto, sin pretender sin embargo una traducción literal.

5

Art. 7.

1. El sistema escolar, en su totalidad, está bajo la vigilancia del Estado.
2. Los encargados de la educación del niño tienen el derecho a decidir si éste ha de participar o no en la enseñanza de la religión.
3. La enseñanza de la religión figura como materia ordinaria del programa en las escuelas públicas con excepción de las no confesionales. Sin perjuicio del derecho de vigilancia del Estado, la enseñanza religiosa se impartirá de acuerdo a las normas de las comunidades religiosas. Ningún maestro podrá ser obligado, contra su voluntad, a dictar clases de religión.
4. Queda garantizado el derecho a abrir escuelas privadas. Las escuelas privadas en sustitución de escuelas públicas necesitan la autorización del poder público y están sometidas a las leyes del respectivo Land. La autorización ha de concederse cuando las escuelas privadas no estén a un nivel inferior al de las escuelas públicas en lo que concierne a los fines de la enseñanza y a su organización, así como a la formación científica de su personal, y cuando no se fomente a los alumnos una distinción derivada de la situación económica de los padres. La autorización se denegará cuando no esté suficientemente garantizada la situación económica y jurídica de los profesores.
5. Una escuela privada de enseñanza primaria sólo será autorizada cuando la autoridad educacional le reconozca un interés pedagógico especial, a petición de las personas encargadas de la educación de los niños, cuando haya de crearse como escuela interconfesional, confesional o ideológica, y no exista en la localidad una escuela pública de enseñanza primaria de este tipo.
6. Quedan abolidas las escuelas preparatorias.

El art. 6.1 GG prohíbe un trato desventajoso del matrimonio y la familia frente a otras formas de vida o educación conjunta. En concreto prohíbe un trato desventajoso de la pareja casada frente a una persona soltera, prohíbe un trato desventajoso de los padres y madres con descendencia frente a los matrimonios sin hijos o hijas, así como el de los cónyuges frente a otras formas de vida en común (2.a).

Esta prohibición de trato desfavorable incluye cualquier diferenciación perjudicial, que suponga una desventaja para la vida de un matrimonio o que afecte al derecho de los progenitores unidos en matrimonio a la educación de sus hijos e hijas.

La sentencia explica a continuación que en la actual legislación estatal alemana sobre los impuestos se está produciendo una discriminación económica del matrimonio a favor de otras formas de convivencia. Esto va claramente, según lo expuesto en los motivos anteriores, contra la Constitución. La organización de los impuestos perjudica a los matrimonios y a los progenitores en razón de su forma matrimonial y familiar (b).

El sistema actual de igualdad de impuestos directos, con independencia de que se tenga o no descendencia, origina un peso sobreañadido a quienes la tienen, ya que su capacidad económica se encuentra disminuida al tenerse que hacer cargo de la manutención de los hijos e hijas. Esto es injusto. La legislación debe tener en cuenta que los padres y madres invierten una cantidad equivalente al mínimo vital (que en Alemania tienen calculado en un mínimo de 40.000 pesetas mensuales de media por hijo o hija, para alimentación, vestido, colegio etc), de manera que su capacidad contributiva queda realmente disminuida. En estos casos no se puede calcular su disponibilidad económica teniendo en cuenta sólo sus ingresos, sino que hay que descontar el dinero que invierten en el mantenimiento de sus hijos e hijas.

El artículo 1 I GG en conexión con el Art. 20 I GG que define el principio del Estado social conduce a la interpretación de que es un mandato constitucional

eximir de la obligación de impuestos las cantidades que se necesitan para cubrir el mínimo vital necesario para llevar una vida digna. Las familias tienen obligación constitucional de responsabilizarse del mantenimiento económico de sus miembros (3.a).

La legislación de impuestos debe tener en cuenta que los padres y madres deben destinar una cantidad de sus ingresos al cuidado y educación de los hijos e hijas. Al hacer frente a los gastos originados por el mantenimiento de la descendencia su capacidad fiscal queda también disminuida.

Por tanto no se puede tratar del mismo modo, ni equiparar la capacidad económica cara al pago de impuestos de los padres y madres con descendientes frente a las familias sin hijos e hijas.

La ley de impuestos al contabilizar los ingresos familiares deben descontar de entre los ingresos el dinero que los padres y madres invierten en el cuidado del hijo y de la hija, bien porque lo hagan personalmente, bien porque se lo encarguen a quienes deben pagar, bien sea la guardería u otras personas, si ambos trabajan fuera de casa.

El cuidado de los niños y niñas es una prestación (Leistung) que también debe ser considerado como interés de la sociedad y se le debe otorgar un reconocimiento (aprecio) (4).

Es competencia del Estado poner medidas para que los padres y madres puedan hacer compatible su dedicación al trabajo profesional y que puedan dedicar personalmente parte de su tiempo a la educación y cuidado de sus hijos e hijas, es decir debe hacer posible la conciliación de trabajo y familia.

El Estado debe tomar medidas para que el cumplimiento de las obligaciones familiares no supongan un obstáculo para el desarrollo de la vida profesional. Debe hacer posible (lograr) la reincorporación a la vida profesional, así como la compatibilidad entre trabajo y familia haciendo posible la promoción profesional durante y después del tiempo dedicado a la educación de los hijos e hijas, y debe mejorar la oferta de instituciones para el cuidado de los menores.



La familia y el nuevo impuesto sobre la renta de las personas físicas

MARÍA LUISA RUIZ BAÑA
Profesora Asociada
de Derecho Financiero y Tributario.
Facultad de Derecho.
Universidad de Zaragoza

DERECHO ESPAÑOL



1. ANTECEDENTES

Dos son principalmente las cuestiones relacionadas con la familia en la imposición sobre la renta. La primera de ellas se refiere a la elección de un sistema basado en la tributación conjunta frente a la tributación individual. Y la segunda tiene relación con los mecanismos elegidos para subjetivizar la carga impositiva, es decir para adecuarla a la realidad familiar.

En España, antes de 1989, el IRPF recaía sobre la familia en su conjunto, a pesar de las críticas unánimes que tal sistema provocó. Fue necesario el pronunciamiento del Tribunal Constitucional¹ para que se evolucionara hacia el extremo opuesto, otorgándose a la tributación individual preferencia frente a la conjunta.

Esto no supuso un absoluto abandono de la imposición familiar, que pervivió, pero con carácter voluntario, ideándose, como medida para paliar los efectos derivados de la acumulación de todas las rentas, el establecimiento de una escala de gravamen diferente, más reducida que la prevista con carácter general para las y los sujetos pasivos que hubieran optado por la tributación individual. Este método penalizaba la obtención de la mayor porción de renta por uno sólo de los cónyuges, ya que la cuota resultante de la aplicación de la escala, salvo excepciones en rentas muy bajas, solía ser mayor que la derivada de la suma de las cuotas obtenidas por la aplicación de la tarifa individual a la mitad de la renta obtenida.

Junto a lo anterior, se establecían una serie de deducciones en la cuota, de cuantía fija, que atendían a diversas circunstancias (convivencia con ascendientes, descendientes, gastos de enfermedad, etc.) que se revelaron ineficaces para cumplir con los fines para las que estaban previstas.

2. PERSPECTIVAS DE LA REFORMA

La reforma que se ha llevado a cabo mediante la Ley 40/1998 tuvo como objetivo, entre otros, mejorar la tributación de la familia. Al menos ése fue uno de los principios inspiradores para la Comisión de personas expertas que elaboró el “Informe para el estudio y propuestas de medidas para la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas” presidida por el Profesor Lagares.

El Comité de personas expertas, después de estudiar las diversas opciones existentes en los países de nuestro entorno, se planteó la posibilidad de decantarse por una sola modalidad de tributación, pero entendió que debían persistir ambas, debido a que las dos presentaban ventajas e inconvenientes. Por un lado, la tributación individual se adaptaba mejor a la capacidad de pago de cada persona por separado respetándose, al mismo tiempo, el mandato constitucional que obliga al respeto de la intimidad de las personas, pero por otro, se planteaban problemas derivados de la atribución de las rentas a los distintos miembros de la unidad familiar (y su relación con los distintos regímenes económicos del matrimonio). La tributación conjunta, como opción alternativa, planteaba como única ventaja la supresión de los problemas derivados de la atribución de ingresos y gastos a cada uno de los miembros de la unidad familiar, ya que, su obtención de manera independiente por uno de los miembros de la familia, no siempre responde a una decisión puramente individual del titular de los mismos. Pero, por el contrario, planteaba los problemas derivados de la acumulación de la capacidad gravable y el efecto de la progresividad de la tarifa.

Por ello el Comité de personas expertas se decanta por el establecimiento de un sistema basado en la tributación individual donde la tributación conjunta operase como método voluntario, en atención a la existencia de la familia como unidad económica o de gasto. Ninguna novedad, por lo tanto, respecto de la situación anterior.

Pero la verdadera novedad del impuesto radica en el concepto de renta disponible, que configura el hecho imponible y el objeto del impuesto. Para el Comité es de gran importancia que la base del impuesto recoja el distinto grado de disponibilidad discrecional de un mismo volumen de renta en función de las necesidades mínimas indispensables de la persona contribuyente y de su familia y de la propia naturaleza de los ingresos que la integran. Así la renta disponible será el resultado de disminuir la renta en la cuantía del mínimo personal y familiar².

1

STC 45/1989, de 20 de febrero.

2

El Comité de personas expertas parte del concepto de renta discrecional, entendida como manifestación de la capacidad de pago o capacidad tributaria del sujeto, no pudiendo formar parte de la renta discrecional las cantidades que el sujeto ha de destinar de forma obligatoria a la cobertura de las necesidades más esenciales suyas y de su familia. Los poderes públicos no estarían legitimados para exigir el impuesto sobre lo que no tenga carácter de renta discrecional.



Con este sistema desaparecen las deducciones en la cuota que antes cumplían la función que ahora se persigue con el establecimiento de los mínimos de exención. Este método resulta más favorable que el anterior en niveles altos de renta, al disminuir la progresividad del Impuesto. Por ello ha merecido críticas por parte de algunos sectores sociales.

Ello no implica la total desaparición de las deducciones en la cuota, puesto que algunas Comunidades Autónomas en virtud de las competencias normativas que les atribuye la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, han establecido deducciones que tienen relación con la familia³.

Por lo que respecta a la articulación normativa de los mínimos existentes destaca la falta de justificación en la legislación de los criterios utilizados para su cuantificación. El Comité sugería que se tomara como punto de referencia la Encuesta Continua de Presupuestos Familiares elaborada con carácter trimestral por el Instituto Nacional de Estadística, debiéndose actualizar anualmente en función del IPC y quinquenalmente para adecuarlo a los cambios producidos en la distribución de la renta.

Estos mínimos se aplicarán sobre la parte general de la base imponible, es decir, sobre la integrada por la totalidad de la renta de la persona contribuyente, excluidas las ganancias y pérdidas patri-

moniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con más de dos años de antelación, las cuales integrarán la parte especial de la base imponible. Sólo en el supuesto que la parte general de la base imponible no tenga la cuantía suficiente para absorber la deducción de los mínimos personal y familiar, podrán computarse sobre la parte especial de la misma.

La limitación de la libertad de decisión de la persona contribuyente podría ser objeto de crítica, aún cuando no tenga una gran trascendencia jurídica, pero respeta el mandato constitucional de preservar el gravamen del mínimo existencial⁴. De hecho sería la elección que realizarían voluntariamente la mayor parte de los y las contribuyentes al aplicarse sobre la base imponible general unos tipos de gravamen progresivos que superan en casi todos los supuestos el tipo de gravamen del 20 por 100 con el que se grava a la parte especial de la base imponible.

Muchos son los aspectos de la nueva Ley que tienen relación con la familia y que tienen una innegable trascendencia tributaria. Las normas sobre atribución de rentas y su relación con los regímenes económicos del matrimonio, la configuración del régimen de transparencia fiscal, las presunciones y limitaciones en cuanto los miembros de la familia trabajen en la empresa familiar o cedan bienes o derechos a otros u otras parientes, etc. configuran un régimen que o intentan evitar el reparto de la renta entre las distintas partes de la familia para conseguir atenuar su tributación o persiguen la atribución de rentas ficticias cuando se produzcan cesiones gratuitas de bienes o derechos. Todas ellas nos hacen dudar de que se produzca de manera efectiva la protección que se proclama⁵. Pero algunas de ellas merecen ser tratadas de forma independiente por su relación directa con la realidad familiar.

Estas son la regulación normativa de los mínimos existenciales y la incidencia que tiene la existencia de anualidades por alimentos o pensiones

compensatorias, tanto en la base imponible como en el cálculo del tipo de gravamen. Se examinarán con detalle a continuación.

3. EL MÍNIMO PERSONAL

La cuantía del mínimo personal dependerá de las circunstancias que concurran en el sujeto pasivo, ya que la edad y la existencia de algún tipo de discapacidad suponen un incremento de la misma. Así la cantidad establecida con carácter general asciende a 550.000 pesetas, siendo de 650.000 pesetas cuando la persona contribuyente sea mayor de 65 años y 850.000 ó 1.150.000 pesetas cuando esté afectado de una minusvalía superior al 33 por 100 en el primer caso o superior al 65 por 100 en el segundo. La concurrencia de algún grado de minusvalía junto con una edad superior a 65 años no supone un incremento del mínimo personal, debiendo optar por la utilización del que resulte más ventajoso.

El aumento en el importe del mínimo personal pretende compensar los mayores gastos que se generan cuando concurre alguna de las circunstancias anteriores, así como la supresión de otros mecanismos de compensación antes existentes, como por ejemplo la deducción por gastos de enfermedad, ahora suprimida.

En el supuesto de tributación conjunta se producen dos especialidades. La primera de ellas es que, pese a ser la característica de la tributación conjunta la acumulación de todas las rentas obtenidas por cada uno de los miembros de la unidad familiar para la obtención de la base imponible, no se permite en estos casos deducción de cantidad alguna por mínimo personal en relación con los hijos e hijas que integran la misma. Con ello se desincentiva esta posibilidad de declaración para aquellos supuestos en los que la renta percibida por los descendientes supere el importe que tendría derecho a deducir en el caso de tributación individual (es decir 550.000 pesetas en la generalidad de los casos o un importe superior si existe algún tipo de minusvalía que le pueda afectar).





3

La relación de estas deducciones puede consultarse en AA.VV.: *Los Impuestos en España*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1999, pág. 196.

4

Marín-Barrionuevo Fabo, Diego: “Comentarios al artículo 40”, en *Los nuevos Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre la Renta de los no Residentes*, Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1999, pág. 308.

5

Sobre la tributación de la empresa familiar véase Cayón Galiardo, A.: “La empresa familiar como objeto de protección en nuestro derecho interno y comparado”, ponencia presentada al Congreso de la AEAF celebrada en Oviedo, noviembre 1999, en prensa.

6

En este sentido Aragón ha aprobado recientemente la Ley 6/1999, de 26 de marzo relativa a Parejas Estables no Casadas y en Cataluña está vigente la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja.

7

Soler Roch, María Teresa: “Tributación familiar”, en *Los nuevos Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre la Renta de los no Residentes*, Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1999, pág. 495.

La segunda singularidad tiene relación con los dos tipos de unidades familiares que pueden darse. Por un lado, la integrada por los cónyuges no separados legalmente junto con las hijas e hijos menores de edad que convivan con ellos (o mayores de edad si están incapacitados y sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada). Y por otro, la integrada por la madre o el padre separado, soltero o viudo, junto con los descendientes que con ella o con él convivan que reúnan los requisitos antes descritos.

En la primera de las modalidades de unidad familiar el cómputo del mínimo personal ha de realizarse teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en cada uno de los cónyuges, siendo la cantidad mínima a deducir el doble de la cuantía establecida con carácter general, es decir 1.100.000 pesetas. Por lo tanto, este importe se incrementará si alguno de los cónyuges es mayor de 65 años o sufre algún tipo de discapacidad, pudiendo alcanzar la cantidad de 2.300.000 pesetas (cuando ambos sufran una minusvalía superior al 65 por 100). Con ello se pretende fomentar la realización de declaraciones conjuntas, ya que si una persona declarando individualmente tuviese derecho a una deducción por mínimo de exención superior a la que podría corresponderle como cónyuge en una declaración conjunta, es casi seguro que se inclinaría por la declaración individual, rechazando la conjunta.

Pero el segundo tipo de unidad familiar se produce una importante singularidad. En estos casos se aumenta el mínimo per-

sonal del progenitor que conviva con los descendientes en relación con las cuantías previstas para la tributación individual. Con carácter general se permite deducir la cantidad de 900.000 pesetas, siendo el importe 1.000.000 pesetas cuando sean mayores de 65 años y de 1.200.000 ó 1.500.000 pesetas cuando sufra una minusvalía en los mismos grados antes explicados. Para evitar que parejas carentes de vínculo conyugal puedan aprovechar los importes incrementados, se introdujo en la tramitación parlamentaria, como cautela, la prohibición de computar los mínimos incrementados cuando el padre y la madre convivan juntos. La prueba de la convivencia, que corresponde a la Administración, va a resultar, en la práctica, difícil de probar en gran número de ocasiones, salvo que nos encontremos ante una unión de hecho que goce del respaldo legal correspondiente⁶.

Está claro que la legislación ha querido potenciar la declaración conjunta en este tipo de unidades familiares monoparentales, aunque no sea fácil discernir cual haya sido la causa. Uno de los motivos aducidos es que a diferencia de lo que ocurre en las unidades conyugales, el padre o la madre debe atender las necesidades familiares de los hijos e hijas que con él o con ella conviven⁷. En algunos casos puede que así sea—cuando la madre o padre viudo o separado debe soportar exclusivamente con su renta la manutención de los hijos e hijas—pero no estimamos conveniente el incremento cuando los hijos y las hijas perciban pensiones por alimentos procedentes del otro cónyuge.



4. EL MÍNIMO FAMILIAR POR DESCENDIENTES

Es evidente que la atención de las necesidades vitales de la familia genera unos gastos que provocan la disminución de la renta disponible del sujeto por lo que en la cuantificación de la base imponible debe tenerse en cuenta esta circunstancia. Se exige, para poder practicar estas deducciones, que los descendientes sean solteros, menores de 25 años, convivan con el o la contribuyente y no obtengan rentas anuales superiores a 1.000.000 de pesetas. Se equiparan a los descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento.

Es necesaria la convivencia con el o la contribuyente que pretenda practicar la minoración en la base, debiendo prorratearse entre los cónyuges cuando ambos tengan derecho a la deducción. Ello obliga a que en los supuestos de separación o divorcio sólo tenga derecho al mismo uno de los cónyuges, pese a que dependan económicamente de ambos⁸. De igual modo puede suceder que con el o la contribuyente convivan descendientes de diferente grado (sujeto pasivo con hija o hijo soltero que a su vez tiene otro hijo o hija). En principio el derecho le corresponde al sujeto pasivo de grado más cercano,

pero si éste no obtiene rentas anuales superiores a 1.000.000 de pesetas, se trasladará al de siguiente grado.

Respecto de la edad, se produce una disminución con referencia a la situación anterior, ya que la Ley 18/1991 permitía la deducción por descendientes hasta la edad de 30 años.

El límite de rentas a percibir por el descendiente cuya superación excluye el cómputo del mínimo familiar ha sido establecido por el Reglamento del Impuesto (art. 48 del RD 214/1999, de 9 de febrero), debiéndose incluir las rentas exentas. Esta última matización no se hallaba recogida en el texto legal, el cual sólo lo preveía para los ascendientes.

Las cuantías del mínimo familiar dependen del número de descendientes y de la edad de éstos. Así el importe asciende a 200.000 pesetas para el primero y segundo y 300.000 pesetas por el tercero y siguientes. Estos importes se incrementarán en 50.000 pesetas si éstos son menores de tres años o en 25.000 pesetas si son mayores de esta edad y menores de dieciséis años.

Como se puede observar se sustituye la deducción por gastos de custodia de niños y niñas, antes existente, que se practicaba en la cuota, por un incremento de la minoración a practicar en la base imponible.

El tratamiento que ahora recibe difiere notablemente del anterior. Por un lado, al no configurarse como un porcentaje de los gastos en los que se ha incurrido, se aplica en todos los supuestos en los que el o la descendiente sea menor de tres años. Y, por otro, no se vincula al importe de la renta obtenida por la o el sujeto pasivo que pretende practicar la minoración.

El incremento procedente a partir de los tres hasta los dieciséis años constituye una novedad. Pretende compensar por los gastos generados por la compra de material escolar durante la etapa de escolarización obligatoria. Por el contrario, superada la edad de dieciséis años no procederá incremento alguno, pese a que los y las descendientes continúen su proceso formativo que, lógicamente, acarrea gastos, si cabe, mayores.

Adicionalmente a todo lo anterior, cuando exista la preceptiva declaración de minusvalía los mínimos familiares por descendientes se incrementarán en atención al grado de la misma, siendo el aumento de 300.000 pesetas anuales (minusvalía superior al 33 por 100 e inferior al 65 por 100) o de 600.000 pesetas anuales (minusvalía superior al 65 por 100). Esto supone que por descendiente menor de tres años que sufra una minusvalía superior al 65 por 100 la cantidad a deducir asciende a 850.000 pesetas (suponiendo que sea el primero o la primera).

Respecto de las y los minusválidos hay que señalar que se prolonga el derecho a practicar la minoración, ya que el derecho no se extingue cuando el o la descendiente cumpla veinticinco años, no pudiendo percibir rentas anuales por el mismo importe señalado anteriormente para el resto de descendientes. Este último punto debe ser objeto de crítica ya que ha sido el Reglamento el que ha equiparado dos situaciones diferentes (existencia o no de minusvalía en el o la descendiente). La Ley únicamente establecía unos mínimos (200.000 pesetas con carácter general y 550.000 pesetas en el caso de



LA VERDADERA NOVEDAD DEL IMPUESTO RADICA EN EL CONCEPTO DE RENTA DISPONIBLE, QUE CONFIGURA EL HECHO IMPONIBLE Y EL OBJETO DEL IMPUESTO.

ASÍ LA RENTA DISPONIBLE SERÁ EL RESULTADO DE DISMINUIR LA RENTA EN LA CUANTÍA DEL MÍNIMO PERSONAL Y FAMILIAR.

CON ESTE SISTEMA DESAPARECEN LAS DEDUCCIONES EN LA CUOTA QUE ANTES CUMPLÍAN LA FUNCIÓN QUE AHORA SE PERSIGUE CON EL ESTABLECIMIENTO DE LOS MÍNIMOS DE EXENCIÓN.

8

El requisito de la dependencia ya mereció abundantes críticas al amparo de la legislación anterior (entonces para poder practicar la deducción por descendientes) entendiéndose por la mayor parte de la doctrina que debía ser sustituido por la dependencia económica, mejor fundado. Ello no obstante, entendemos que debe ser interpretado de un modo amplio de modo que englobe situaciones en las que, de hecho, no se produzca tal convivencia por circunstancias que no impliquen la vida independiente del descendiente (por ejemplo la realización de estudios fuera del hogar familiar o el internamiento en centros especializados en el caso de personas con discapacidad).

9

Para Marín-Barnuevo Fabo, *op. cit.*, pág. 323, esta limitación es claramente lesiva para los intereses de los y las contribuyentes y supone una vulneración de los principios de justicia constitucional difícilmente admisible.

10

El reglamento aprobado no ha previsto ningún límite en este caso concreto pero existe un proyecto de modificación del mismo en el cual se establece la obligación de declarar cuando estas rentas imputadas superen el límite de 50.000 pesetas anuales, siempre que dichas rentas procedan de un único inmueble (es decir cuando su valor catastral revisado supere la cantidad de 4.545.454 pesetas).

personas con discapacidad) remitiendo su concreción al texto reglamentario. Está claro que sin contradecir a la Ley se infringe el espíritu de la misma.

Una última cuestión merece ser resaltada. El artículo 40.3.2º de la Ley establece que no procederá la aplicación de los mínimos familiares cuando las personas que generen el derecho a los mismos presenten declaración o comunicación por el Impuesto. Este requisito no puede merecer más que críticas. Ello es así debido a que la obligación de declarar se configura de tal manera que distinga entre las distintas categorías de renta. En el caso de rendimientos del capital mobiliario o de ganancias patrimoniales sometidas a retención el límite es tan sólo de 250.000 pesetas. La contradicción con la norma antes explicada es evidente⁸.

Un o una descendiente que perciba rendimientos del capital mobiliario por importe de 300.000 pesetas, pese a percibir rentas inferiores a 1.000.000 de pesetas, no generará derecho a practicar minoración por mínimo familiar al estar obligado a presentar declaración por el impuesto. El mismo supuesto afecta a descendientes a quienes se les imputen rentas inmobiliarias cuando sean titulares de inmuebles urbanos, distintos de la vivienda habitual, según el artículo 71 de la Ley, con el límite que se establezca reglamentariamente⁹. No se comprende muy bien cómo el hecho de poseer una vivienda (piénsese en una herencia) de la que no se obtienen rentas reales puede privar a madres y padres de la deducción por mínimo familiar.

Pero la situación en la que se encuentran los y las descendientes que perciban rentas inferiores a los límites establecidos para la obligación de declarar es igualmente desfavorable en el supuesto de que las rentas obtenidas hayan estado sometidas a retención. Ello es debido a que la presentación de la comunicación prevista en el artículo 81 de la Ley con el fin de solicitar la devolución de las retenciones soportadas excluye, al igual que el supuesto anterior, la posibilidad de aplicar el mínimo familiar por el o la descendiente que la realice. Los y las contribuyentes se verán obligados a

optar entre no solicitar la devolución de las retenciones, con lo cual se establece una suerte de tributación mínima en estos supuestos, o bien solicitar la devolución y perder el derecho a la minoración. Esto no se produce cuando el o la descendiente sea menor de edad y se opte por la tributación conjunta de todos los miembros de la unidad familiar, ya que, en este caso, se acumulan tanto las rentas obtenidas como las retenciones soportadas. Pero si el o la descendiente es mayor de edad (y por lo tanto no integra la unidad familiar) o se opta por la tributación individual se produce el efecto antes descrito.

5. MÍNIMO FAMILIAR POR ASCENDIENTES

Cuando con la persona sujeto pasivo dependan y convivan ascendientes mayores de sesenta y cinco años que no perciban rentas superiores al salario mínimo interprofesional, incluidas las exentas se podrá aplicar una minoración por mínimo familiar por importe de 100.000 pesetas.

Como se puede observar existen importantes diferencias respecto de la regulación anterior.

Por un lado ahora se establece un límite mínimo de edad para que se genere el derecho a la deducción. Esto no sucedía antes, pues sólo se exigía la convivencia con el sujeto. Por otra parte desaparece el incremento antes previsto para el supuesto de ascendientes mayores de setenta y cinco años.

La cuestión más problemática será sin duda la relacionada con la necesaria convivencia con la persona sujeto pasivo. A este respecto la propia Ley se encarga de señalar que será necesario que se prolongue durante al menos la mitad de período impositivo. Por lo tanto, la convivencia alternativa con varios o varias descendientes por períodos inferiores excluye la deducción por mínimo familiar para todos ellos.

Las consideraciones antes realizadas sobre la convivencia con varias personas con diferente grado de parentesco con el o la descendiente resultan igualmente de aplicación para los y las ascendientes.



6. PENSIONES COMPENSATORIAS A FAVOR DEL CÓNYUGE Y ANUALIDADES POR ALIMENTOS

Las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos minoran la base imponible para hallar la base liquidable. Para ello es necesario que ambas hayan sido fijadas mediante resolución judicial. Suponen, por lo tanto, una reducción para quien paga y un ingreso para quien percibe las mismas. Una excepción representan las fijadas en favor de los hijos e hijas, las cuales, al no constituir un ingreso (están exentas en virtud del artículo 7.k de la Ley), tampoco reducen la base.

Precisamente la falta de definición en algunos convenios reguladores de la parte que corresponde a los hijos e hijas y la parte que corresponde al cónyuge ha venido planteando múltiples problemas ante la Administración, que ha venido denegando la deducibilidad de las cantidades pagadas¹¹.

En el resto de los casos, no se impone límite alguno, por lo que serán deducibles todas las cantidades pagadas a otras personas distintas de los anteriores. Será la única vía posible para computar las cantidades pagadas a otros u otras parientes, no contemplados en los mínimos familiares (hermanos, hermanas, tíos o tías) o las que tengan relación con ascendientes cuando no se produzca la convivencia con el sujeto pasivo.

7. LAS ANUALIDADES POR ALIMENTOS Y EL TIPO DE GRAVAMEN

Pese a no operar como reductoras de la base imponible, las anualidades por alimentos a favor de los hijos y de las hijas sí tienen incidencia a la hora de calcular el tipo de gravamen. En estos casos la escala se aplicará separadamente por un lado, al importe de las anualidades por alimentos y, por otro, al resto de la base liquidable general. Con ello se consigue atenuar la progresividad del impuesto.

La justificación de esta norma puede residir en la imposibilidad de practicar la reducción por mínimo familiar por el cónyuge que presta alimentos pero que no convive con los o las descen-

dientes. Puede parecer a primera vista que este tratamiento intenta proteger a la familia formalmente constituida, pero no es así. De hecho la posibilidad de fraccionar la base liquidable para aplicar la tarifa consigue normalmente como resultado la obtención de un tipo medio de gravamen inferior al que resultaría de la aplicación del mínimo familiar por hijo o hija. Además, si esta norma se conjuga con la que permite el incremento de los mínimos personales al cónyuge que convive con los y las descendientes, obtenemos una notable reducción de la carga tributaria en comparación con la que soportaría una familia en la que existe vínculo conyugal¹².

8. ESPECIALIDADES QUE AFECTAN A LA TRIBUTACIÓN CONJUNTA

No existen grandes especialidades respecto de la tributación individual, excepto en lo que se refiere al incremento en los mínimos personales a los que antes se ha hecho referencia. La tarifa del Impuesto que se aplica en estos casos es la misma que usaremos en la tributación individual, pese a la acumulación de todas las rentas obtenidas por los distintos miembros de la unidad familiar.

Son igualmente idénticos los importes y límites cuantitativos establecidos a efecto de la tributación individual (por ejemplo la base máxima de deducción por adquisición de la vivienda habitual). Una excepción suponen las aportaciones a planes de pensiones en las que los límites se computarán individualmente por cada partícipe o mutualista integrado en la unidad familiar.

Un efecto beneficioso derivado de la acumulación es la posibilidad de compensar las bases liquidables generales negativas y las pérdidas patrimoniales generadas en períodos impositivos anteriores por alguna de las personas que forman la unidad familiar con las obtenidas por el resto, siempre de acuerdo con las reglas de compensación de las mismas establecidas con carácter general.

Como ya sucedía anteriormente la opción por esta modalidad de tributación supone la responsabilidad solidaria ante la Administración tributaria de todos sus integrantes.

11

En este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias-Santa Cruz de Tenerife de 28 de enero de 1999 señala que, si a la Administración no le constan los criterios de atribución, la reducción habrá de practicarse en la mitad de la pensión. Aplica analógicamente las reglas previstas para atribuir los rendimientos correspondientes a sociedades civiles, comunidades de bienes, etc., cuando no constan los pactos. Otro pronunciamiento jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 9 de abril de 1999 impone a la Administración la carga de probar el presupuesto de hecho de la exclusión, esto es, que parte de la contribución corresponde a alimentos de los hijos y de la hijas.

12

Si tomamos como ejemplo una pareja casada, con un hijo o hija, en la que perciban cada uno de ellos rentas por importe de 2.500.000 pesetas anuales observamos que su tipo medio de gravamen sería del 16,32% si optan por la tributación individual y del 18,41% si optan por la conjunta. Pero si no existiera vínculo conyugal ni convivencia entre ellos y suponiendo que pagara una anualidad por alimentos por importe de 600.000 pesetas al año, los tipos medios de gravamen serían inferiores, al corresponderle al cónyuge que convive con el hijo o la hija un tipo medio de 12% y al que satisface la pensión el tipo del 15,84%.



ALFONSO POLO SORIANO

Abogado.

Inspector de Finanzas excedente



La desgravación fiscal por hijos e hijas en el nuevo impuesto sobre la renta de las personas físicas

I. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO IRPF

El vigente Impuesto de Renta sobre las Personas Físicas ha sido aprobado por la Ley 40/1998 de 9 de diciembre que regula este impuesto y su desarrollo reglamentario se ha producido por el Real Decreto 214/99 de 5 de febrero. Esta nueva normativa resulta de aplicación para los ejercicios que se inicien a partir de 1 de enero de 1999. Su primera declaración se realizará pues en los meses de mayo y junio del año 2000.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas constituye uno de los pilares estructurales de nuestro sistema tributario. Se trata de un tributo en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributaria, encuentran su más adecuada proyección. Es por ello que este impuesto es el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta y de solidaridad que la

Constitución propugna y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho, dada su generalidad, como demuestra el hecho de que en sus declaraciones anuales resultan afectados 31 millones de españoles y españolas, y su capacidad recaudatoria.

El modelo actual del impuesto que se implantó en España con la reforma tributaria iniciada en 1977 ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de su historia, pues ningún tributo, y



menos de la importancia de éste, puede permanecer al margen de los cambios sociales, económicos, incluso tecnológicos, en los que se inscribe.

En particular, la última modificación legislativa importante del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se produjo con la Ley 18/1991, de 6 de junio, que pretendió dar respuesta a los problemas planteados por la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero adaptando el impuesto a las exigencias constitucionales. Problemas, que como recordamos, estaban referidos precisamente al sistema de tributación de la familia ya que el alto Tribunal había considerado inconstitucional el sistema de tributación conjunta a través de la unidad familiar (considerada entonces a efectos prácticos como auténtico sujeto pasivo) que se implantó en 1977.

La Ley 18/91 ha resultado excesivamente compleja y con grandes deficiencias funcionales, lo que unido a cambios en las mayorías parlamentarias han hecho que el legislador haya creído llegado el momento de una nueva modificación total del IRPF, en parte por las citadas deficiencias y en parte también para adaptar el Impuesto al modelo vigente en los países de nuestro entorno y, en especial, a determinadas figuras consustanciales al mismo, como el concepto de renta disponible y el establecimiento de un mínimo personal y familiar exento de tributación, y todo ello con el objetivo de introducir una mayor equidad en el reparto de los tributos y mejorar el tratamiento fiscal de las rentas del trabajo y de las personas con mayores cargas familiares. Al menos estas son parte de las razones o causas que se alegan en la propia exposición de motivos de la Ley.

En esa misma exposición de motivos de la Ley 40/98 se dedica una especial atención, y se consideran un eje fundamental de la reforma, todas aquellas cuestiones relacionadas con la familia, su sistema de tributación y las repercusiones fiscales de los procesos de disensión conyugal. Esto tiene su lógico origen en el hecho de

que el nuevo IRPF considera como objeto del impuesto, ya no la obtención de renta como lo habían hecho las leyes anteriores, sino **la renta disponible**, definiéndose como tal la renta que puede utilizar la persona contribuyente tras atender a sus necesidades y las de las y los sujetos que de ella dependen. Para plasmar este principio se declara la exención de un mínimo de renta que varía según las circunstancias personales y familiares del contribuyente, el denominado mínimo personal o mínimo familiar que es uno de los aspectos más importantes de la reforma al menos a nivel teórico.

Efectivamente, la principal novedad de la nueva Ley de IRPF es sin duda alguna la decisión que adopta la legislación sobre lo que es el elemento fundamental de todo impuesto, esto es, sobre el “objeto de imposición”, es decir, cual será la riqueza o la manifestación de capacidad económica que se pretende gravar con el IRPF. Y en este sentido se pasa de definir la capacidad económica de la persona como su **renta total** –tal y como había venido haciéndose hasta este momento– para considerar ahora que no puede someterse a gravamen más que la **renta disponible**, entendida como aquella que, en principio, la persona puede disponer libremente, por exceder de la parte que ha de dedicar a la cobertura de las necesidades más esenciales suyas y de las y los miembros de su familia que de ella dependan.

II. LOS MÍNIMOS PERSONAL Y FAMILIAR

De las consideraciones anteriores se desprende que en el actual IRPF sólo debe gravarse lo que se denomina renta disponible o discrecional y que antes hemos definido, y ello porque sólo esta renta constituye una manifestación de la capacidad de pago del sujeto pasivo, y que por tanto deben excluirse de la renta total de la persona aquellas cantidades que debe dedicar de forma obligatoria a la cobertura de las necesidades de supervivencia más elementales suyas y de su familia.

Como la base imponible se define en la Ley General Tributaria como la cuantificación del objeto imponible, parece lógico que esas cantidades que deben quedar exentas de tributación, tengan su reflejo precisamente en la base sometida a tributación o base liquidable. Es así por tanto como surgen esos conceptos de mínimo personal y mínimo familiar que se regulan en la Ley de IRPF (art. 40 con carácter general y art. 70 para el sistema de declaración conjunta) como **reducciones en la base imponible**, esto es como cantidades que deben restarse de la base imponible para determinar la base liquidable sujeta a tributación y sobre la que se aplica directamente la tarifa del impuesto.

Este nuevo esquema de la Ley hace que hayan perdido sentido y justificación las tradicionales deducciones que existían en la cuota del impuesto en las anteriores regulaciones del IRPF, tales como las deducciones por descendientes, por ascendientes, por persona mayor de 65 años, por incapacidades, por gastos de enfermedad, etc., y que tenían por objeto graduar la carga impositiva en función de las circunstancias familiares y personales del sujeto pasivo, función que ahora se cumple precisamente a través de esas reducciones en base imponible que suponen el mínimo personal y el mínimo familiar. Estos mínimos deben pues calcularse de forma que reflejen el importe de esos gastos de tipo elemental de toda familia, y para ello se han utilizado los datos de la Encuesta Continua de Presupuestos Familiares elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, y más exactamente al legislar se ha considerado como mínimo personal la mitad de la mediana del gasto familiar en España según esos datos.

Con esta sustitución de las deducciones en cuota por reducciones en base la nueva Ley de IRPF pretende, como ya hemos dicho, basar el impuesto en el concepto de renta disponible por considerar que ella es la que determina la verdadera capacidad de pago, y al operar la reducción



en la base imponible se busca conseguir una mayor progresividad de esta desgravación o exención del importe de las necesidades básicas del contribuyente, de forma que el ahorro impositivo no sea una cantidad fija para todo sujeto pasivo sino que dependa del tipo marginal de cada individuo. Bien sea cierto reconocer que esa mayor progresividad de la reducción supone una regresividad general del impuesto desde el punto de vista social puesto que implica una mayor desgravación para las rentas más altas.

El nuevo sistema de reducciones debe examinarse diferenciando que el sujeto pasivo opte por la tributación individual o por la tributación conjunta. Efectivamente, la actual Ley, si bien siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional y las recomendaciones de la Comisión encargada de redactar el proyecto de Ley, considera que el sujeto pasivo debe ser con carácter general la persona física, sigue manteniendo la posibilidad de opción por la tributación familiar o tributación conjunta regulada en los art. 68 y siguientes de la Ley.

Esta opción de tributación conjunta existe para dos tipos de unidades familiares, la que podríamos denominar “familia normal” (esto es cónyuges no separados y si los hubiera los hijos y las hijas menores de edad, o mayores incapacitadas), y los distintos supuestos de “familias monoparentales” (esto es el padre o la madre y los hijos y las hijas menores que convivan con uno de ellos en los supuestos de separación o de inexistencia de vínculo matrimonial).

Todo ello nos obliga a diferenciar tres posibilidades:

A Reducciones en el supuesto de tributación individual.

Las reducciones con carácter general para el supuesto de tributación individual vienen establecidas en el artículo 40 de la nueva Ley de IRPF de la siguiente manera:

■ Con carácter general se establece un mínimo personal para todo sujeto pasivo de 550.000 ptas., que puede incrementarse hasta 650.000 ptas., para contribuyentes mayores de 65 años o hasta 850.000 ptas., para sujetos pasivos discapacitados con grado de minusvalía inferior al 65% o de 1.150.000 ptas., cuando el grado de minusvalía sea igual o superior al 65%.

■ Adicionalmente, se establecen unos mínimos familiares que incrementan los anteriores mínimos personales y que en lo que se refiere a hijos e hijas son los siguientes: con carácter general 200.000 ptas. por cada uno de los dos primeros hijos o hijas y 300.000 ptas. por cada hija o hijo a partir del tercero, que pueden incrementarse en 25.000 ptas. por cada hijo o hija con edad comprendida entre los 3 y 16 años (en concepto de material escolar) o en 50.000 ptas. por cada hijo o hija menor de 3 años (en concepto de guardería).

La reducción por mínimo personal que establecía con carácter general opera de forma automática para todo sujeto pasivo, sin que por tanto sea preciso cumplir requisito alguno.

Por el contrario la reducción por mínimo familiar en concepto de hijos e hijas exige que se cumplan determinados requisitos:

Que el hijo o la hija conviva con el o la contribuyente que pretende practicar esa reducción, que el hijo o la hija o descendiente esté soltero o soltera, que sea menor de 25 años, que no tenga rentas anuales superiores al 1.000.000 ptas., y que no sea declarante de forma individual ni presente la comunicación prevista en el artículo 81 de la Ley (comunicación de sus datos tributarios que pueden realizar los sujetos pasivos que sin tener obligación de declarar pretenden recuperar las retenciones soportadas). Cuando el padre y la madre tienen derecho a esta reducción por descendientes, y tributan de forma individual, la misma se prorratea por partes iguales.

B Reducciones para los supuestos de tributación conjunta de “familias normales”.

En el supuesto de que los miembros de una familia de las que hemos denominado “normales”, esto es los cónyuges no separados con sus hijos e hijas, opten por la tributación conjunta las reducciones que procede aplicar son exactamente las mismas que en la tributación individual que por tanto se acumularán en una única declaración.

Por tanto en la declaración conjunta se sumará la reducción personal que corresponda al padre, la que corresponda a la madre (por tanto como mínimo existirá una reducción de 1.100.000 ptas.), y las reducciones familiares que puedan corresponder por descendientes si se cumplen los requisitos que antes hemos mencionado, excepto el requisito de que los hijos y las hijas no sean declarantes por IRPF (ya que obviamente lo son en este caso al estar incluidos dentro de la declaración conjunta).

Así lo aclara la regla cuarta del apartado 2 del artículo 70 de la Ley al establecer que, en caso de tributación conjunta, los hijos y las hijas no tienen derecho al mínimo personal de 550.000 ptas. pero que sí generan derecho a la reducción por mínimo familiar, aún cuando estén incluidos dentro de la declaración conjunta.

No debe confundirnos el hecho de que ese mismo artículo 70, que regula la tributación conjunta, establezca unas mayores reducciones por mínimo personal ya que una lectura detenida del precepto nos aclara que esas cantidades superiores sólo son de aplicación para las unidades familiares constituidas por familias monoparentales

C Y las reducciones en los supuestos de conflictividad conyugal.

Este capítulo merece un epígrafe aparte, pues son varias las cuestiones que plantea.



III. LA DESGRAVACIÓN FISCAL POR HIJOS E HIJAS EN LOS CASOS DE DISENSIÓN CONYUGAL

Tres son los aspectos fiscales más importantes que debemos analizar y que tienen relación más o menos directa con las posibles desgravaciones por descendientes en los supuestos de conflictividad conyugal, esto es en los procesos de separación judicial o de divorcio.

En primer lugar, la atribución fiscal de los hijos y las hijas, esto es, cual de los dos cónyuges separados tiene derecho, en su caso a practicar en su renta la reducción familiar por hijos e hijas que antes hemos visto; en segundo lugar aunque sea de forma muy esquemática debe analizarse la tributación de las pensiones por alimentos a favor de hijos e hijas, y por último deberemos referirnos a esos mayores mínimos personales aplicables en el supuesto de tributación conjunta de familia monoparental.

A

La desgravación por hijos e hijas.

Ya hemos visto que los descendientes, cumpliéndose una serie de requisitos, dan derecho a sus progenitores a practicar en su base imponible una reducción que denomina la Ley como mínimo familiar. Cuando los progenitores formulan declaración conjunta esta reducción por mínimo familiar se practica en la declaración conjunta y única de la familia; cuando las parejas no separadas formulan declaraciones individuales, la reducción por hijos e hijas se prorratea entre ambos; pero cuando existe una situación de crisis matrimonial, una separación o un divorcio surge el problema de decidir quién de los progenitores tiene derecho a practicar tal reducción.

La solución a esta cuestión se desprende de los propios requisitos que exige el artículo 40.3.b) para poder practicar la reducción por hijos e hijas. Efectivamente recordemos que uno de los requisitos ahí establecidos era el de que los descendientes **convivie-**

ran con el o la contribuyente; por tanto es el criterio de convivencia el que determina la persona que tiene derecho a esa reducción.

Criterio de convivencia que, en principio debemos identificar con la atribución de la custodia de los hijos y las hijas que se efectúe en la resolución de los procesos de crisis matrimonial y ello con independencia de que la patria potestad siga atribuida a ambos progenitores. La oportunidad o justicia del criterio de convivencia frente al criterio de dependencia económica puede ser discutible, pero lo que es cierto es que la legislación ha elegido tal criterio y por tanto será aquel progenitor que tenga atribuida la custodia el que tenga derecho a la correspondiente reducción, sin que sea posible por tanto repartir o prorratear la misma entre ambos cónyuges, salvo evidentemente que la custodia o la convivencia coincida en ambos progenitores.

Recordar por último en este punto que tal requisito de convivencia, así como el resto de los requisitos (soltero/a, menor de 25 años, sin rentas superiores a 1.000.000 ptas.) debe cumplirse el 31 de diciembre. Especial importancia tiene el requisito de que las rentas del hijo o la hija no superen esa cifra del 1.000.000 ptas., en relación con la pensión por alimentos que pudiera recibir del otro progenitor como veremos en el siguiente apartado.

B

Las anualidades por alimentos a favor de hijos e hijas.

Esta es una de las cuestiones que ha sufrido también una importante modificación en la vigente Ley de IRPF. Desde el año 1992, en la anterior ley de IRPF, Ley 18/91 se estableció el criterio de la tributación de este tipo de pensiones por alimentos a favor de los hijos y las hijas en sede del progenitor pagador de la pensión; esto es, la pensión recibida por el hijo o la hija queda exenta de tributación, y en consecuencia el progenitor pagador no tenía ningún tipo de desgravación o minoración de su carga impositiva en razón de esta pensión (a diferencia de la pensión

compensatoria o los alimentos a favor de personas distintas de las y los descendientes que tributaban en sede del perceptor de la pensión y desgravaban –minoraban la renta sometida a gravamen– en sede del pagador).

La razón de la distinta regulación de las pensiones por alimentos a hijos e hijas tenía un fundamento de justicia tributaria indiscutible. Con ello la legislación pretendía fundamentalmente equiparar la situación tributaria del progenitor no separado o del que estando separado asumía voluntariamente el mantenimiento de sus hijos e hijas, con el del progenitor que sólo hace frente a las cargas económicas de sus hijos e hijas obligado por sentencia judicial, ya que resultaba evidentemente injusto que la situación de este último se viera favorecida fiscalmente. También subyace la idea indiscutible de que el mantenimiento de los hijos y las hijas sea cual sea la situación familiar y se tenga o no la custodia no puede ser un gasto fiscalmente deducible ya que se trata de un acto de consumo.

Aunque vistas estas razones, pudiera sorprender en principio el cambio que efectúa ahora la legislación en la nueva Ley 40/98 de IRPF, es sin duda este último razonamiento el que justifica esta modificación: si en la estructura de la nueva Ley el consumo familiar esencial no queda sujeto a tributación a través de esos mínimos estadísticamente calculados, no deja de tener cierta lógica que el progenitor obligado a pagar una pensión por alimentos a sus descendientes que no va a poder practicar reducción familiar por no tener la convivencia, tenga algún tipo de beneficio fiscal en relación con esa anualidad por alimentos.

En definitiva, al margen del juicio que nos merezca esta modificación, la situación legal en la nueva Ley de las anualidades por alimentos es la siguiente:

Para los hijos y las hijas el artículo 7.k) de la Ley sigue considerando como renta exenta las anualidades por alimentos percibidas de los progenitores en virtud de decisión judicial.

Y por su parte el artículo 46.2 de la Ley no permite reducir la base liquidable de la persona pagadora en el importe de las pensiones satisfechas a favor de los hijos y las hijas, pero, y esta es la novedad, se establece en los artículos 51 para la parte estatal de la cuota y 62 para la parte autonómica que “los/las contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos/as por decisión judicial, cuando el importe de aquellas sea inferior a la base liquidable general, aplicarán la escala del artículo anterior separadamente al importe de las anualidades por alimentos y al resto de la base liquidable general”.

Este sistema permite a quien paga los alimentos reducir su carga fiscal por el hecho de pagar una pensión a sus hijos e hijas, reducción que será mayor o menor en función del tipo marginal del sujeto pasivo, puesto que el beneficio fiscal supone que el importe de su base liquidable dedicada al pago de la pensión no tribute al tipo marginal sino que tribute a los tipos más bajos de la escala. El ahorro por tanto es la diferencia entre los tipos marginales y los más bajos de la escala. Se consigue así un importante ahorro impositivo que no llega al régimen de la Ley de 1985 (en la que se reducía la totalidad de la pensión al tipo marginal) pero que desde luego supone una novedad respecto de la Ley 18/91 que no otorgaba ningún beneficio a quien paga la pensión.

Lo que ya sí que nos merece un juicio crítico más desfavorable, es que este mejor tratamiento de las anualidades por alimentos a hijos e hijas para quien paga las mismas, puede repercutir negativamente en el otro cónyuge que tiene la custodia de esos mismos hijos e hijas; crítica que se acentúa todavía más cuando este posible perjuicio no se deriva directamente de la Ley sino de una norma reglamentaria.

Efectivamente, recordemos que uno de los requisitos para que el cónyuge que tiene establecida la custodia y que convive con hijos e hijas pueda practicar la reducción del mínimo familiar por descendientes, era que éstos no

obtuvieran rentas anuales superiores a una determinada cantidad que debía ser fijada reglamentariamente. Es el artículo 48 del Real Decreto 214/99 por el que se aprueba el Reglamento de IRPF el que fija ese importe en 1.000.000 ptas., pero además aclara que para cumplir este requisito deben tenerse en cuenta la totalidad de las rentas del hijo y de la hija, **incluidas las exentas**.

La regulación reglamentaria que acabamos de citar supone que si el hijo o la hija recibe una pensión por alimentos de su padre de más de 1.000.001 ptas., si bien esa pensión estará exenta en la renta del hijo o la hija, supondrá que la madre que tiene la custodia y convive con el hijo o la hija perderá la posibilidad de practicar la reducción por mínimo familiar en concepto de esa o ese descendiente.

Puesto que el cónyuge que tiene la custodia del hijo o de la hija también contribuye obviamente a su mantenimiento, resulta, en nuestra opinión, absolutamente injustificable que esa pensión suponga un beneficio fiscal para quien paga y a la vez perjudique fiscalmente al otro cónyuge. Sólo el elevado límite de un millón de pesetas puede salvar este precepto de un rechazo absoluto.

C Los mínimos personales en tributación conjunta.

Como ya habíamos anunciado más arriba, los mínimos personales se ven incrementados en el artículo 70 de la Ley a las cifras de 900.000 ptas., con carácter general, 1.000.000 ptas., para mayores de 65 años, y 1.200.000 ptas., o 1.500.000 ptas. para personas con discapacidad, el sujeto pasivo se acoge a la opción de tributación conjunta y pertenece a una unidad familiar de las que antes definíamos como familias monoparentales, esto es en los casos de separación legal o inexistencia de vínculo matrimonial. Se constituye así este incremento de los mínimos personales como el único beneficio real que tiene la tributación conjunta y que afecta exclusivamente a los supuesto de sepa-



ración a fin de favorecer al cónyuge que queda conviviendo con los hijos e hijas.

Adicionalmente ese cónyuge podrá practicar en su declaración conjunta con los hijos y las hijas los mínimos familiares en concepto de hijos e hijas si se cumplen todos y cada uno de los requisitos que ya hemos analizado.

Como resumen del actual régimen de la desgravación fiscal por hijos e hijas en el IRPF, y aunque es difícil hacer una valoración general en términos cuantitativos de estas modificaciones, pues el resultado económico dependerá de cada caso concreto, sí que se puede afirmar que existe una clara mejoría del régimen del cónyuge que no tiene la custodia y paga la pensión, mientras que de la situación tributaria del cónyuge que convive con los hijos y las hijas no puede afirmarse rotundamente que sea mejor o peor que la que existía con la normativa anterior, pudiendo darse casos en que el coste impositivo final sea mayor o menor que con la anterior Ley dependiendo de las rentas del sujeto pasivo, de su tipo marginal aplicable, de la pensión por alimentos que reciban los hijos y la hijas, de las propias rentas de otro tipo que tuvieran los hijos y las hijas, de la posibilidad de hacer declaración conjunta con ellos y ellas, etc.

Actuación del Justicia de Aragón ante situaciones de discriminación

Síntesis

FERNANDO GARCÍA VICENTE
Justicia de Aragón

IGUALDAD JURÍDICA DE MARIDO Y MUJER EN EL MATRIMONIO

El Justicia de Aragón tuvo conocimiento de que en el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, el servicio encargado de la tramitación y expedición de los títulos de familia numerosa venía utilizando documentos administrativos según los cuales sólo se admitía que figurase como solicitante del título el padre, invocando su condición de cabeza de familia y, en el propio título, se distinguía entre titular y cónyuge, ostentando el padre la primera condición y la madre la segunda.

La legislación aplicable en este caso es la Ley 25/1974 y el Decreto 3140/1971 sobre protección a las familias numerosas, normas estas preconstitucionales que no han sido objeto de modificaciones posteriores. Ello no significa, sin embargo, que se puedan aplicar en sus propios términos por su contradicción con el ordenamiento jurídico constitucional, por lo que el Justicia de Aragón consideró la

conveniencia de modificar algunos aspectos puntuales de los modelos utilizados para garantizar la plena efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo y la plena igualdad jurídica de marido y mujer en el matrimonio.

En este sentido, el Justicia ha formulado la siguiente recomendación: "...se modifique en el modelo utilizado para la solicitud de expedición del título de familia numerosa la instrucción que en la actualidad dispone que sólo puede ser solicitado por el cabeza de familia en los términos del Decreto 3140/1971 de suerte que ambos cónyuges o progenitores puedan ser titulares de título de familia numerosa o, en su defecto, sea titular cualquiera de ellos sin discriminación de sexo".

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

El Ayuntamiento de Zaragoza (Casa de la Mujer) convocó en septiembre de 1999 dos cursos de formación

ocupacional para mujeres ("auxiliar de cocina profesional" y "trabajadora de centros de jardinería") que establecían como requisito de inscripción el que la mujer no tuviera una edad superior a 45 ó 30 años respectivamente.

Una mujer afectada presentó escrito de queja ante el Justicia de Aragón fundamentando la misma en que "se está discriminando por razón de edad".

Admitida la queja a trámite, el Justicia solicitó información sobre la cuestión indicando expresamente que "el colectivo de solicitantes con edad superior a la requerida es precisamente el que puede encontrarse con mayores dificultades formativas y de acceso al mercado de trabajo por lo que el fomento de su preparación y el impulso de su integración laboral resultan de especial interés".

La Casa de la Mujer respondió al Justicia que, de los 50 cursos realizados a lo largo del año, sólo en los dos a que se refiere la queja se había establecido una limitación de edad basada en tres criterios:

1

Especiales características de los centros donde se imparten las clases.

2

Criterio de inserción laboral fundamentado en la información proporcionada por el Observatorio Ocupacional de Aragón.

3

Presencia en uno de los centros de jóvenes mayores de 16 años con circunstancias peculiares que hacen contraproducente su coincidencia con mujeres que pudieran representar a la imagen de la figura materna.

No obstante, el Ayuntamiento de Zaragoza concluye: "Reconociendo que estos criterios, a pesar de estar puestos con la voluntad de conseguir una mayor inserción laboral y rentabilidad social del curso, pueden ser discriminatorios para el resto de las mujeres, no se volverá a limitar la edad en ningún curso organizado desde la Casa de la Mujer".

Nulidad del despido de una trabajadora embarazada

Síntesis anotada de la Sentencia del T.S.J. de La Rioja de 25 de marzo de 1999

M.^a CARMEN ORTIZ LALLANA

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

I. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO. ANTECEDENTES

La trabajadora, que presta sus servicios como visitadora-vendedora de un centro de trabajo dedicado a la compraventa de inmuebles, se halla embarazada de varias semanas y dos días después de recibir los resultados ecográficos la empresa le comunica que finaliza su contrato de trabajo temporal de seis meses –“para la puesta en marcha y apertura de un nuevo centro de trabajo...”– y que, por tanto, quedará rescindida su relación laboral causando baja en la misma.

Frente a tal comunicación, interpone demanda ante el Juzgado de lo Social en Logroño y éste, por Sentencia de 8 de octubre de 1998, declara que la extinción del contrato constituye un despido improcedente, condenando a la empresa a que, a su opción, readmita a la trabajadora en las mismas condiciones que tenía antes del despido o a que le abone la correspondiente indemnización.

Ambas partes en conflicto –empresa y trabajadora– recurren en suplicación

dicha Sentencia y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en Sentencia de 25 de marzo de 1999 parte del relato fáctico ya descrito y declara probado además que, en el preceptivo acto de conciliación anterior al proceso que culmina con la Sentencia recurrida y que resultó sin avenencia, la empresa reconoció la improcedencia del despido ofreciendo la correspondiente indemnización (extremos que adiciona al hecho probado quinto) y que, las compañeras de la trabajadora, con su misma categoría profesional, fueron cesadas pero vueltas a contratar con un contrato por tiempo indefinido (nuevo hecho probado cuarto). A la vista de los hechos y tras examinar el derecho aplicado en la Sentencia recurrida, la Sala, con estimación del recurso, revoca la Sentencia del Juzgado y declara nulo el despido condenando a la empresa a la inmediata readmisión de la trabajadora más al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que aquel se produjo.





II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La fundamentación de la Sentencia del TSJ de La Rioja, junto al análisis de alguna otra cuestión alegada por la trabajadora en el escrito del recurso, –como la aplicación indebida del Convenio Colectivo para la actividad de Oficinas y Despachos de la provincia de Burgos (fundamento jurídico sexto), que resulta desestimada al quedar definitivamente acreditada la actividad de la empresa en los términos arriba expuestos (“gestión o intermediación en la compraventa de inmuebles y no la de inmobiliaria en el amplio sentido que comprende la promoción y construcción de edificaciones”)–, se centra en la calificación jurídica del despido que, en opinión de la recurrente, debió declararse nulo –y no improcedente– por ser discriminatorio y contrario al art. 14 de la Constitución Española –CE– y 17 del Estatuto de los Trabajadores (R.D.Leg. 1/1995, de 24 de marzo –LET–).

La argumentación del Tribunal Superior, que le lleva a acceder a la pretensión revisoria solicitada, se vierte en los fundamentos jurídicos quinto y séptimo y discurre en una triple dirección:

A

Conforme a la doctrina constitucional el trato desfavorable basado en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye una discriminación por razón del sexo, proscribida por el art. 14 CE y las normas internacionales.

B

La empresa demandada no ha probado, como le corresponde en aplicación de la doctrina sobre traslación de la carga de la prueba en los supuestos en que se alegue discriminación, que su decisión extintiva obedeciera a una justificación objetiva y razonable, ajena a cualquier propósito discriminatorio en razón del embarazo de la trabajadora.

C

La decisión extintiva del empleador es nula por discriminatoria y por tanto procede la aplicación al supuesto contro-

vertido de las consecuencias jurídicas contempladas en el art. 55.5 y 6 LET y no las propias del despido improcedente.

1

Trato peyorativo de la mujer durante el embarazo. Discriminación por razón del sexo y protección de la mujer encinta frente al despido.

El art. 14 CE prohíbe la discriminación “por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” y, en coherencia con él y dictado en su desarrollo, el art. 17 LET declara nulas y sin efecto las “decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones... favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”.

El alegado carácter discriminatorio de la decisión extintiva empresarial tendría su fundamento, en el supuesto controvertido, en el embarazo de la trabajadora. Este no se contempla expresamente como factor discriminatorio por ninguno de los referidos artículos y aunque pudiera considerarse una “circunstancia personal” de las aludidas por el art. 14 CE, es lo cierto que no encuentra expreso acomodo en el tenor literal del art. 17 LET al enumerar éste las circunstancias determinantes del carácter discriminatorio de las decisiones unilaterales del empresario sancionables con la nulidad. Sin embargo, según una reiterada doctrina constitucional se incluye como un factor discriminatorio por razón del sexo y como tal las decisiones peyorativas relativas al empleo y demás condiciones de trabajo, incluido por tanto el despido, basadas en él, merecen la protección dispensada por este último precepto.

La Sala de lo Social del TSJ de La Rioja hace suya la mencionada doctrina invocando las pertinentes Sentencias del

Tribunal Constitucional y en particular un fragmento de la *Sentencia n.º 136, de 23 de julio* –Fundamentos 5 y 6–, según la cual “*La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres* (S. TC 173/1994, fundamento jurídico 2.º). Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscribida por el art. 14 CE”. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de declararlo incluso respecto de decisiones empresariales *ad nutum*, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SS. TC 94/1984 y 166/1988) o la no renovación de un contrato temporal (S. TC 173/1994) y *sin duda la conclusión debe proyectarse a decisiones causales, como es el despido*”.

Para corroborar dicha tesis en lo relativo a su incidencia sobre el despido, la Sala acude a las pautas interpretativas que el art. 10.2 CE le proporciona y a tal efecto repara, en primer lugar, en las normas de la OIT protectoras de la mujer embarazada frente al mismo señalando cómo “prescribe el art. 5.d) del Convenio n.º 158 de la OIT que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. El Convenio n.º 103 de la OIT precisa el alcance y ámbito temporal de la prohibición y, tras declarar que la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario en caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo (art. 3.5), reputa ilegal que por y durante tal ausencia al trabajo el empleador/a comunique a la mujer su despido (art. 6); análogas previsiones contempla el art. 4 del Convenio n.º 3” y cómo “de otra parte, según el art. 4.1 de la Recomendación n.º 95, también de la OIT, el período durante el



■ Ecografía de corazón fetal.

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO COMPRENDE AQUELLOS TRATAMIENTOS PEYORATIVOS QUE SE FUNDAN NO SÓLO EN LA PURA Y SIMPLE CONSTATAción DEL SEXO DE LA VÍCTIMA, SINO EN LA CONCURRENCIA DE RAZONES O CIRCUNSTANCIAS QUE TENGAN CON EL SEXO DE LA PERSONA UNA CONEXIÓN DIRECTA E INEQUÍVOCA.

TAL SUCEDE CON EL EMBARAZO, ELEMENTO O FACTOR DIFERENCIAL QUE, POR RAZONES OBVIAS, INCIDE DE FORMA EXCLUSIVA SOBRE LAS MUJERES

cual será ilegal para el empleador/a despedir a una mujer debería comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico. Y al respecto la *Declaración de 1975 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras*, insiste en que la mujer encinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo (art. 8.1).¹

En segundo lugar, realiza una apretada pero reveladora síntesis de los textos y la jurisprudencia comunitaria que deparan “una solución análoga” y partiendo de ellas razona que, de una parte, “De los arts. 1.1, 2, aptdos. 1 y 3, y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (S. TJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto *Hertz*), como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada (*Sentencia de la misma fecha recaída en el asunto Dekker*), y la ruptura del contrato ni siquiera puede justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impide temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno (S. TJCE de 5 de mayo de 1994, asunto *Habermann-Beltermann*)”. De otra parte, confirma cómo “Posteriormente, la Directiva 92/85/CEE estableció la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada que haya comunicado su estado a la empresa, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones o las prácticas nacionales (art. 10.1). Precepto éste que –como ha destacado la S. TJCE de 14 de julio de 1994, asunto *Webb*– «no ha previsto ninguna excepción a la prohibición de despido de la mujer encinta durante dicho período, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada»”.

2

El carácter discriminatorio de la extinción contractual: una cuestión de prueba.

Constatado que las discriminaciones por razón del embarazo, y en particu-

lar las que determinan el despido de la mujer trabajadora, se acogen a la prohibición y consiguiente sanción contenidas en el art. 14 CE y 17 LET, la cuestión se centra en dilucidar si la extinción del contrato de trabajo temporal en el caso enjuiciado efectivamente se produjo por hallarse la actora encinta o si, por el contrario, obedeció a cualquier otro motivo, ajeno a esta circunstancia y estrictamente relativo a la relación de trabajo. Es esta una cuestión probatoria que remite a la normativa procesal y de nuevo a la jurisprudencia ordinaria y constitucional que la interpreta.

Dispone el art. 96 de la *Ley de Procedimiento Laboral* (R.D.Leg. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral –LPL–) que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón del sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” y tal previsión, que se reproduce en relación con los procesos de violación de la libertad sindical (art. 179 LPL) u otros derechos fundamentales (art. 182 LPL), supone una particular distribución de la carga de la prueba frente a lo dispuesto en el art. 1.214 del *Código Civil* (C.C.) y requiere de presupuestos específicos –“indicios de discriminación”– determinantes de su aplicación.

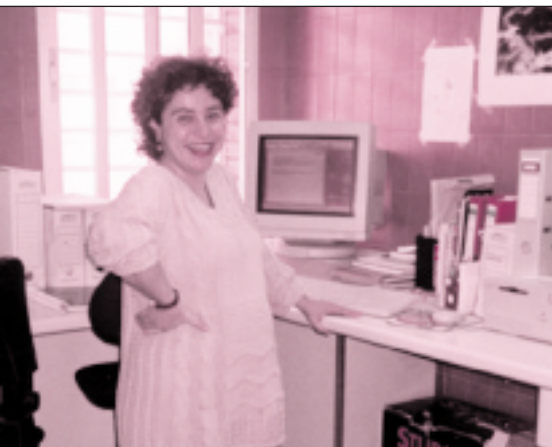
1

La doctrina constitucional sobre la traslación de la carga de la prueba ante la existencia de indicios de discriminación.

Partiendo del citado art. 96 LPL y de la doctrina constitucional contenida en la S. TC 38/1981, el TSJ de La Rioja recuerda cómo, cuando se alega que un despido formalmente disciplinario encubre en realidad una extinción del nexo causal lesiva de los derechos fundamentales del trabajador/a, “incumbe a la empresa probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional”. Pero para que opere este desplazamiento a la empresa

1

Las cursivas, a lo largo de toda la síntesis, son personales.



del *onus probandi* no basta simplemente con que el trabajador/a tilde el despido de discriminatorio, sino que *ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria*, la empresa asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador/a hubiera verosímelmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. *No se impone, pues, la empresa la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.*

En consecuencia, cuando se ventile una vulneración del art. 14 CE, los órganos de la jurisdicción social han de alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta

discriminatoria por razón de sexo, de modo que pueda estimarse que el despido en todo caso habría tenido lugar verosímelmente por existir causas suficientes, razonables y serias para entender como razonable la decisión empresarial desde la mera perspectiva disciplinaria. El órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputados al trabajador/a, además de tener una realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador y calificar tales hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio (SS. TC 55/1983, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 7/1993, 266/1993 y 180/1994).

2

La doctrina probatoria en el despido discriminatorio y su desviación de los principios clásicos en la materia: la liberación a la trabajadora de la prueba plena.

La doctrina constitucional expuesta y aplicable a los despidos discriminatorios, ciertamente difiere del principio clásico contenido en el art. 1.214 C.C. según el cual “incumbe la carga de la prueba de los hechos normalmente constitutivos de un derecho a aquel que lo alega en el proceso y de los impeditivos extintivos y excluyentes al que también los alega” y por cuya virtud debería ser el trabajador –en este caso la trabajadora– quien probase la existencia de la discriminación alegada. Sin embargo, la Sala recuerda como el mencionado principio “conoce una grave crisis jurisprudencial, a través de los principios modernos de la facilidad y sensibilidad probatoria”.

Trayendo a colación la S. TSJ del País Vasco de 23 de febrero de 1998, el TSJ de La Rioja razona cómo “En el proceso social, toda vez que el trabajador es el que mayoritariamente agita y se aprovecha del principio «pro operario» estos principios jurisprudenciales son menos novedosos que en otros ámbitos, e incluso existen normas positivas que en ellos se basan... más en el campo de los procesos de tutela de los derechos fundamentales, con transvase al des-

pido discriminatorio, impera lo que se suele llamar con impropiedad que denuncia la doctrina científica, *inversión de la carga probatoria* (ex. art. 179.2 LPL), lo que por otra parte es una doctrina constitucional que arranca de la S. TC 38/1981.

En realidad *no se trata de una inversión genuina*, puesto que, *ante la simple constatación de indicios de discriminación, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, de manera que, alegada la discriminación, no se invierte la carga de la prueba de lo contrario*, que como hecho negativo incurriría en la famosa «diabólica probatio», *sino de liberar al actor la prueba plena, bastándole la indiciaria que mueva a sospechar o presumir el trato discriminatorio lanzando contra el adverso una forzosidad de contraprueba*, ésta sí plena, de que ciertas circunstancias, amén de ser históricamente existentes, fueron las únicas tenidas en cuenta, ajenas en la intención del empresario a todo propósito discriminatorio (SS. TC 266/1993, 180/1994 y 136/1996), lo que supone una reducción de la carga actora y una ampliación de la carga demandada, que tiene que destruir una presunción «ad hominem». Cuando se despide con demostración de los indicados indicios, y no se consiguen probar unos hechos serios y suficientes que, únicos, si abstraeráramos el sexo y la condición de la despedida, igualmente hubiera justificado el despido, se produce la nulidad por discriminación”.

3

La ausencia de prueba de la justificación objetiva y razonable del despido por el empleador.

La mencionada doctrina constitucional, que –como se ha dicho– libera a quien aduce la discriminación de aportar prueba plena sobre la misma y únicamente le impone la prueba indiciaria, no fue aplicada por la Sentencia del Juzgado Social recurrida. En ella se rechaza la existencia de discriminación aduciendo que “no se puede considerar nulo el despido pues no ha quedado acreditado que el despido haya tenido

por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución y en concreto al de que el móvil haya sido el embarazo de la actora”. En realidad, el criterio a seguir no debió ser la ausencia de prueba plena de que el motivo por el que no se prorrogó el contrato temporal o se novó por otro de carácter indefinido tenga su causa en el hecho de estar embarazada la trabajadora, sino la falta de prueba plena de que el motivo de no realizar tal prórroga o novación contractual nada tuvo que ver con la situación de embarazo de la actora. “En nuestro caso, o en todos en que la decisión empresarial no es disciplinaria –recuerda el TSJ de La Rioja–, la perspectiva constitucional impera indagar la causa que no se aduce, frente a la causa de cobertura, que sí se aduce, y destacar aquélla si ésta no se prueba por quien le compete”.

Y en el supuesto enjuiciado, la Sala afirma que *“existen indicios claros... de una posible discriminación”*: “se ha declarado probado que con fecha 4 de mayo de 1998 la actora acudió al Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, en cuyo Servicio de Tocología le practicaron estudio ecográfico, siendo el diagnóstico gestación de 13,6 semanas –hecho probado segundo–; que dos días después, el 6 de mayo de 1998, la empresa demandada comunicó a la actora que el día 15 de mayo de 1998 finaliza el contrato de trabajo temporal y quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral causando baja en la misma –hecho probado tercero–; que las compañeras de la actora con la misma categoría profesional de visitadora-vendedora (las dos únicas y con la misma antigüedad que ella y números posteriores en el Libro de Matrícula), fueron cesadas en fecha 26 de junio de 1998, y vueltas a contratar con carácter indefinido el 2 de julio de 1998 –nuevo hecho probado cuarto–, y que, en acto de conciliación celebrado ante la U.M.A.C. el 29 de mayo de 1998 con el resultado de sin avenencia, la empresa reconoció la improcedencia del despido, ofreciendo la cantidad que, por indem-

nización y salarios de tramitación, estimaba ajustada a derecho, y que posteriormente depositó en la cuenta de consignaciones y depósitos del Juzgado –hecho probado quinto, revisado a instancias de la demandada–. *Y frente a tan llamativos indicios, lo relevante es que no se prueba, por la empresa demandada a quien correspondía hacerlo, que absolutamente nada tuvo que ver el embarazo con la decisión empresarial de extinguir el contrato de la actora*”. Antes bien al contrario, el despido fue “calificado por la propia empresa como despido improcedente, y sin embargo suscribió nuevos contratos de duración indefinida con las otras dos trabajadoras de la misma categoría profesional y antigüedad que ella, y *tal acreditación, en los presentes autos ausente, es lo que requiere la tutela de un derecho fundamental a la igualdad*. En consecuencia, la Sala califica la extinción contractual llevada a cabo por la empresa como un despido nulo.

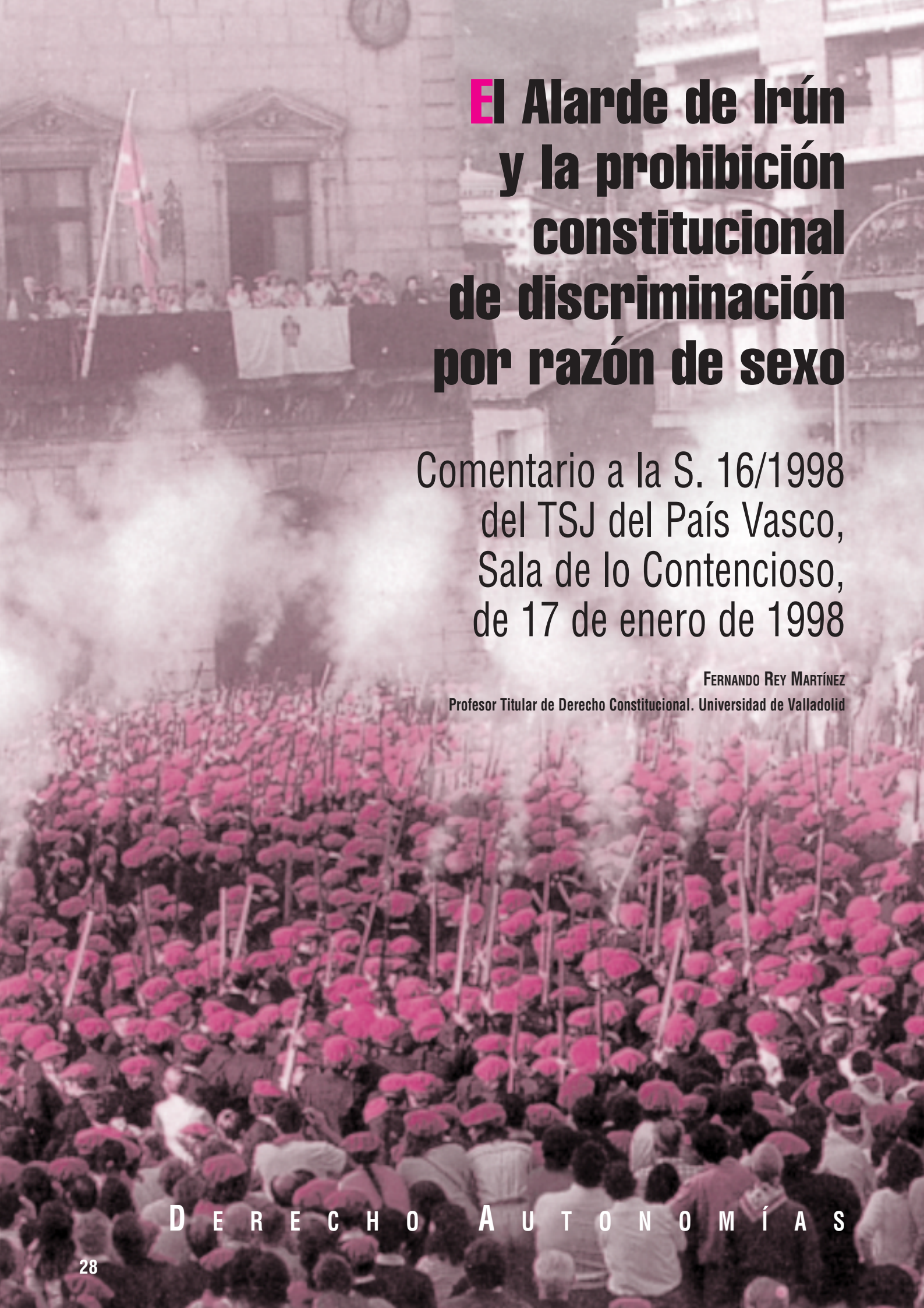
III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO. LA NULIDAD Y SUS CONSECUENCIAS

Conforme a lo dispuesto en el art. 55 LPL *“será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley”* (aptdo. 5) y *“tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador/a, con abono de los salarios dejados de percibir”* (aptdo. 6). Por el contrario, el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores dispone los efectos del despido declarado *improcedente*, concediendo su aptdo. 1 al empresario la *opción entre la readmisión del trabajador/a con abono de los salarios de tramitación, o el abono de una indemnización además de los salarios de tramitación*. El pfo. a) establece la forma de cálculo de la indemnización, a la que se ajustan los cálculos efectuados por la representación letrada de la empresa. El pfo. b) define los salarios de tramitación como “una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia

que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”. Y el aptdo. 2 limita los salarios de tramitación “a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización prevista en el pfo. a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación”.

Puesto que, como se ha razonado, *el despido debió ser declarado nulo y no improcedente* la Sala estima que *“no debió ser aplicado tampoco el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, sino el artículo 55.6 de la misma Ley”*, que regula los efectos del despido nulo diciendo que “el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”, *en concordancia con el artículo 113 de la Ley de Procedimiento Laboral*, el cual dispone que “si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador/a con abono de los salarios dejados de percibir”.

Cuestión distinta, totalmente ajena a las consecuencias de la calificación del despido y relativa a la imposición de las costas procesales es que, estimado en parte el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y desestimado el planteado por la empresa, al no gozar ésta del beneficio de justicia gratuita, la Sala procede, además, como no podía ser de otra manera, “conforme a lo dispuesto en los arts. 202.1 y 202.4 y 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, (a) condenar a aquella a la pérdida de las consignaciones y del depósito constituidos para recurrir, a los que se dará el destino que corresponda cuando la presente sentencia sea firme, más a abonar al Letrado de la trabajadora impugnante de su recurso la cantidad de 50.000 pesetas en concepto de honorarios”.



El Alarde de Irún y la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo

Comentario a la S. 16/1998
del TSJ del País Vasco,
Sala de lo Contencioso,
de 17 de enero de 1998

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid

D E R E C H O A U T O N O M Í A S



1

Ratificada por España el 18 de diciembre de 1983 (con la reserva de la no afectación del Convenio a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española). El artículo 5.a) dispone que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias... basados... en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Por su parte, el art. 13.c) ordena a los Estados Partes adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer... en particular: el derecho a participar en... todos los aspectos de la vida cultural”.

2

Permítaseme la referencia al libro titulado *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995, así como el artículo publicado en colaboración con Juan María Bilbao Ubillos, titulado “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en el libro colectivo *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi editorial-BCH, Madrid, 1998, pp. 243-339.

3

Del que, en mi opinión, se derivarían, en su dimensión individual-subjetiva, dos reglas, la prohibición de discriminaciones directas e indirectas, y en su dimensión objetivo-institucional un principio, el mandato de acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres respecto de los varones (“El derecho” ob.cit, pp. 63 s.).

4

No así las discriminaciones positivas o inversas que, se miren como se miren, son una especie del género de las discriminaciones directas, esto es, un trato jurídico diferente y peor a alguna/s persona/s en atención a su sexo (en este caso, el sexo que, en términos de colectivo, está de facto mejor situado que el otro). Las acciones positivas no son nunca discriminaciones directas (ni indirectas). El trato jurídico mejor a uno de los dos sexos no conlleva el efecto simétrico típico de las discriminaciones positivas de un trato peor al otro sexo.

5

Aquí reside, a mi juicio, el origen del profundo malentendido de índole cultural que ocasiona el problema social y más tarde jurídico en torno a la participación de las mujeres como soldados en el Alarde. Porque los defensores del Alarde tradicional, sin mujeres-soldado, entre ellos muchas mujeres, no creen que porque las mujeres no desfilen vestidas de soldado se las esté tratando peor o discriminando en relación con los varones.

La Sentencia 16/1998 de la Sala de lo Contencioso del TSJ del País Vasco, de 17 de enero de 1998, es, a mi juicio, una excelente Sentencia. Viene a resolver el recurso planteado contra una resolución de la Alcaldía de Irún de 31 de enero de 1997, que desestimaba la solicitud de diversas vecinas de la villa para desfilar como los varones, esto es, vestidas de soldados y con escopeta, durante la fiesta del Alarde de San Marcial (el 30 de junio). El Tribunal estimará el recurso, sosteniendo que la prohibición municipal de que las mujeres desfilen como soldados es una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 de la Constitución, especialmente si se lee, por la vía abierta por el art. 10.2 CE, a la luz de los artículos 5 y 13 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 16 de diciembre de 1979¹.

El principal mérito de la Sentencia es, en mi opinión, haber acertado en la elección del estándar de examen judicial. En efecto, el Tribunal se cuida de distinguir el *principio general de igualdad* (art. 14a CE), que exige tan sólo del órgano judicial la apreciación de alguna razón justificadora de la diferencia jurídica de trato adoptada entre personas y/o grupos, de la *prohibición de discriminación por razón de sexo* (art. 14b CE), que reclama del órgano judicial de control un genuino y severo juicio de proporcionalidad. En el primer caso, el escrutinio judicial es muy deferente hacia la autoridad pública que establece la diferencia jurídica de trato, lo que es coherente, según creo, con un recto entendimiento del principio de separación de poderes. Legislar, gobernar, diseñar políticas, etc. significa, de suyo, distinguir entre categorías de sujetos y dispensar consecuentemente tratos jurídicos diferentes. Al poder judicial sólo corresponde, en general, evitar que tales desigualdades jurídicas de trato sean arbitrarias. El principio general de igualdad se confunde, pues, con el criterio de la mera razonabilidad de la diferencia jurídica de trato. La *prohibición de discriminación en este*

sentido amplio, como reverso del principio general de igualdad (art. 14a CE), no es sino una variedad del principio constitucional de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3). Por el contrario, como he defendido en otros lugares², la *prohibición de discriminación en sentido estricto* (art. 14b CE) en atención a los rasgos sospechosos explícitos en el art. 14 CE, sexo, raza, religión, ideología, etc., es propiamente un *derecho fundamental*³, que tendría, por tanto, un contenido esencial (art. 53.1 CE) frente a todos los poderes públicos, incluida la legislación. En consecuencia, cualquier *límite* a este derecho fundamental desencadena *el límite a los límites* en que consiste la garantía del contenido esencial y que se concreta, finalmente, en un más o menos estricto juicio de proporcionalidad. Las diferencias jurídicas de trato entre hombres y mujeres, con la salvedad de las acciones positivas⁴ y de las circunstancias relativas al embarazo y la maternidad, son, en principio sospechosas de discriminación. En otras palabras, con las excepciones indicadas, la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo tiende hacia la exigencia de identidad de trato.

La resolución municipal impugnada, según la cual los varones podían desfilar como soldados pero las mujeres no, establecía una palmaria diferencia jurídica de trato. La cuestión es si puede calificarse como una discriminación sexual prohibida por la Constitución. Más concretamente, se trata de examinar si constituye una discriminación *directa*, es decir, un trato jurídico diferente (que nadie discute) y *peor* para las mujeres de Irún sólo por ser mujeres⁵. El TSJ del País Vasco da por hecho, sin necesidad de demostración alguna, que la prohibición de que las mujeres desfilen vestidas de soldado es, en principio, una discriminación directa, un trato distinto y peor. Su argumentación se ciñe únicamente a ponderar si dicha discriminación está justificada, de acuerdo a un examen que responde, en líneas generales, a un juicio de proporcionalidad aunque no lo llame en ningún momento así. En otras palabras, aunque la Sentencia no emplee este marco



conceptual de modo expreso, el Tribunal considera que la prohibición impugnada es un *límite* del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14b CE) y examina, en consecuencia, si tal límite lesiona o no el contenido esencial del derecho, concluyendo que sí. Por el contrario, la representación del Ayuntamiento intentará, sin éxito, demostrar, aunque también sin llamarlo así, que el trato jurídico es diferente pero no peor (en atención a diversos motivos que luego se expondrán, pero sobre todo por el argumento de la tradición), por lo que la prohibición recurrida no sería un auténtico *límite* del derecho funda-

mental previsto en el art. 14b CE, sino que, simplemente, caería fuera de la *delimitación* de dicho derecho, esto es, de las facultades que integran su contenido. Las mujeres no tendrían un derecho fundamental a desfilar como soldados porque no tendrían derechos frente a la historia y las tradiciones.

El punto de partida de la argumentación del Tribunal es, pues, que la resolución impugnada dispensa un trato diferente y peor a las mujeres de Irún al prohibirlas participar como soldados en el Alarde, manifestando con ello “un patrón sociocultural de conducta basado en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” –como sería que sólo aquéllos pudieran tomar parte en las funciones militares– (art. 5.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), a la vez que se les negaría su “derecho a participar en todos los aspectos de la vida cultural” (art. 13.c) de la misma Convención). No hay que olvidar tampoco que el art. 9.2 CE ordena a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural y social. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 317/1994 define como discriminatorias a todas aquellas normas que “tiendan a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados”. Aunque la Sentencia no lo explicita directamente, la prohibición de que las mujeres desfilen como soldados en el Alarde las trata peor o discrimina porque vehicula el estereotipo tradicional (por cierto, ya en gran medida superado pues las mujeres españolas no están obligadas a realizar el servicio militar obligatorio pero sí pueden pertenecer al ejército) de que no pueden ser soldados y porque las impide una forma de participación en la fiesta principal de la villa (aunque no es la patronal) sí abierta a los varones, aunque unas y otros dispongan de idéntica porción de ciudadanía. ¿Cuáles son las razones que aportó el Ayuntamiento para justificar la prohibición de que las mujeres no participaran en el Alarde como soldados?: a) Primera: una abruma-

dora mayoría de la población de Irún, incluidas las mujeres, se muestra partidaria de realizar el Alarde al modo tradicional, sin mujeres soldados⁶. b) Segunda: el Alarde es una tradición de siglos, que sólo sobrevivirá como tal si permanece inalterada en sus rasgos básicos, entre ellos, claro está, que sólo participen como soldados los varones pues es la escenificación de hechos históricos en los que no participaron mujeres. Ni siquiera hoy las mujeres estarían obligadas a realizar el servicio militar.

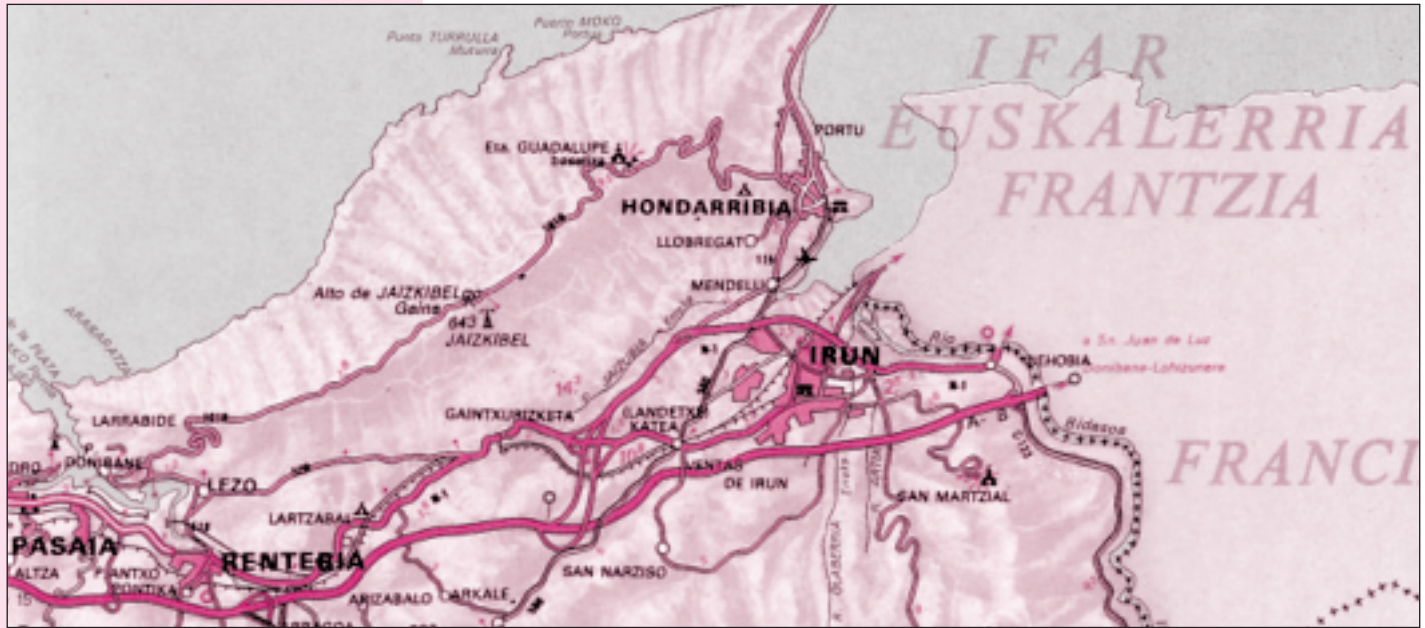
A

Es preciso reconocer que ambas razones, la voluntad de la mayoría y la tradición, tienen cierto peso. Habría que tener en cuenta que el hecho controvertido se refiere a una fiesta y no a otros bienes sociales más importantes e individuales, como un puesto de trabajo o un lugar en una lista electoral. Y además que muchas otras fiestas populares en España se han construido de acuerdo con una tradición que asigna funciones distintas a mujeres y hombres. Podría ser absurdo, e incluso esperpéntico, extender lo política y mediáticamente correcto a ésta y las demás fiestas populares; imponer el lenguaje de los derechos fundamentales en relación con tales tradiciones podría ser excesivo⁷. Además, si ahora se obliga a admitir a las mujeres como soldado, ¿qué razón hay para impedir que hombres y mujeres menores de 18 años o mayores de 60 puedan participar como soldados? ¿No habría aquí, en caso contrario, una discriminación por razón de edad (que ha empezado a ser identificada tímidamente por el Tribunal Constitucional en el art. 14 de la Constitución)? Todavía más: si se impidiera desfilar a un varón que lo deseara como cantinera, ¿no sería una discriminación por razón de sexo? Y si un vecino o un grupo de ellos no creyentes, o no creyentes católicos alegaran que el formato del Alarde, que es claramente de inspiración católica (un voto de agradecimiento a San Marcial por la victoria en la peña del Aldabe, con una misa de campaña en los actos), les discrimina por razón

**EL TSJ DEL PAÍS VASCO
DA POR HECHO,
SIN NECESIDAD
DE DEMOSTRACIÓN ALGUNA,
QUE LA PROHIBICIÓN
DE QUE LAS MUJERES
DESFILEN VESTIDAS
DE SOLDADO ES,
EN PRINCIPIO,
UNA DISCRIMINACIÓN
DIRECTA,
UN TRATO DISTINTO Y PEOR.**

**MANIFESTANDO
CON ELLO
“UN PATRÓN SOCIOCULTURAL
DE CONDUCTA BASADO
EN FUNCIONES
ESTEREOTIPADAS
DE HOMBRES Y MUJERES”.**

**A LA VEZ
QUE SE LES NEGARÍA
SU “DERECHO A PARTICIPAR
EN TODOS LOS ASPECTOS
DE LA VIDA CULTURAL”.**



6 Esto es un hecho indiscutible. En la actualidad se realizan el mismo día dos Alardes, el oficial, organizado por el Ayuntamiento, en el que, después de la Sentencia que estamos analizando, se ha permitido a las mujeres desfilar como soldados y uno privado y tradicional, organizado por el Casino, en el que no pueden. Pues bien, éste último Alarde es el que sigue convocando a la mayor parte de la población. Se trata de un auténtico “referendum” anual sobre el punto de vista de los vecinos de la villa en torno al problema planteado.

7 He podido percibir directamente, gracias a una charla que impartí con el profesor J. M.³ Bilbao en el Casino de Irún el 11 de noviembre de 1999, que un gran número de irundarras se encuentran profundamente irritados con el hecho de que muchas instituciones se pronunciaran sobre el particular (Instituto Vasco de la Mujer, Defensor del Pueblo Vasco, Parlamento Vasco, etc.), y también todos los medios, y de que, por último, haya sido un órgano judicial el que haya impuesto cómo celebrar la fiesta principal de su pueblo. Existe una muy difundida y absolutamente comprensible sensación entre los vecinos de la villa de que han dejado de ser los “propietarios” de su fiesta; fiesta, además, que tiene un gran valor simbólico e integrador. Es más que una simple fiesta folclórica. Un órgano judicial ha decidido cómo celebrarla en contra de una tradición secular y de la expresa voluntad de la mayoría de los vecinos y las vecinas; esto distingue al Alarde de muchas otras fiestas y tradiciones en España.

8 La Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, que declaró no aplicable el art. 14 CE a la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios, no me parece, en rigor, un antecedente del Alarde. Pues (de un modo altamente discutible por lo demás) la *ratio decidendi* de la Sentencia es el carácter estrictamente privado de la nobleza, lo que en ningún caso ocurre con el Alarde de Irún (el oficial, se entiende), que es de naturaleza pública.

de su religión, recordemos, un criterio de distinción también odioso o sospechoso previsto en el art. 14 CE, ¿qué podría decidir eventualmente un tribunal?

El argumento de la voluntad mayoritaria ha sido contestado por el Tribunal Superior con la idea, de sabor *dworkiano*, de que un derecho fundamental no depende de una opinión social, aunque sea la mayoritaria, incluidas las propias mujeres de la villa. Estoy de acuerdo con esto. Los derechos fundamentales son, “triumfos de las ciudadanas y los ciudadanos frente a las mayorías”. Están por encima de la democracia, están fuera del pluralismo, del debate político. Porque son exigencia de la dignidad de cada ser humano. Cada persona es un fin en sí, nunca puede ser considerada un medio para conseguir fines colectivos superiores. A los europeos y las europeas nos ha costado muchos millones de muertes y muchos siglos llegar a esta conclusión, que es el corazón de nuestra civilización.

No obstante, para estimar este argumento, hay que demostrar antes que prohibir a las mujeres desfilar como soldados constituye una violación de un derecho fundamental. Así que el argumento de la voluntad de la mayoría no es un argumento concluyente, pero su contrario (los derechos triunfan frente a la mayoría) tampoco, pues requiere una previa demostración de que hay en juego un derecho fundamental violado.

B De modo que, en definitiva, el centro del asunto se ubica en el debate sobre si la tradición puede prevalecer o no sobre la concepción constitucional de la igualdad entre mujeres y hombres⁸. También aquí comparto la respuesta que ha dado el Tribunal Superior. Ni el Alarde actual representa fiel o rigurosamente la batalla de 1552, ni “rememorar” significa gramaticalmente repetir hechos históricos tal y como fueron exactamente, ni el Alarde actual tiene que ver con los Alardes históricos de Guipúzcoa ni en armas, indumentaria, recorrido, significado (los Alardes fueron hasta el año 1876 el modo de realizar el servicio militar en el País Vasco), ni en la propia figura de las cantineras, tan central en la fiesta por lo demás, etc. Conclusión: el Alarde actual no reproduce o recrea con precisión ni la batalla de 1552 contra Francia y Navarra ni tampoco las muestras de armas históricas de las milicias forales. Pero, además, la tradición del Alarde no ha permanecido invariable en la historia; no es una tradición esclerotizada, no es un sacramento de no se sabe qué valores misteriosos y trascendentales. Esta es una idea que a mí me parece particularmente sugestiva. Por no aludir al hecho de que también las mujeres participaron de muchas maneras en tareas militares, aunque no se encuentre reflejo fiel de este hecho en los libros



de historia. Incluso en la actualidad las mujeres no están obligadas a realizar el servicio militar, pero sí pueden prestar servicios en el Ejército, y el Tribunal Constitucional ha afirmado que prohibírselo sería discriminatorio (STC 216/1991).

Retengo, pues, con la Sentencia, que las tradiciones pueden cambiar, como de hecho lo han ido haciendo, incluido el propio Alarde de Irún. El de la inamovilidad de la tradición no me parece, pues, un argumento concluyente. Las tradiciones no son fósiles, sino seres vivos. También ellas, como todos los seres vivos, se hallan sujetas a las leyes implacables de la evolución, entre las que se encuentra, en este caso, la adaptación al nuevo medio que supone el orden constitucional.

Es cierto que muchas otras fiestas y tradiciones asignan funciones o papeles distintos y estereotipados a mujeres y hombres. La diferencia con el Alarde es que éste es de naturaleza pública (regulado por una norma municipal, sufragado con dineros públicos, etc.)—me refiero, claro está, al Alarde oficial— y, sobre todo, aquí se trata de la fiesta principal de la villa (aunque no sea la patronal) en la que se movilizan más de 8.000 personas desfilando, entre las que sólo pueden encontrarse menos de veinte mujeres en el papel de cantineras. Una fiesta así es, sin duda, una actividad cultural y social y la Constitución manda a todos los poderes públicos facilitar la participación de toda la ciudadanía sin distinción en la vida cultural y social (art. 9.2). No se trata de una actividad menor, sin importancia o de naturaleza privada. La exclusión responde, además, a un estereotipo ya superado, el de la negación de la participación de las mujeres en funciones militares.

Todavía resta por examinar (aunque no se planteó en este caso) el argumento que podríamos denominar de la pendiente resbaladiza. De admitir mujeres, ¿por qué no jóvenes menores de 18 ni mayores de 60? Esto podría plantearse y un juez o una jueza tendría que decidir si es discriminatorio o no impedirles ser soldados en el Alarde,

pero ello no tiene nada que ver con el hecho de que las mujeres puedan participar. En todo caso, la discriminación por edad es constitucionalmente menos protegible que la discriminación por sexo, porque no hay prejuicio subyacente, o al menos no del mismo tipo que el que cataloga a las mujeres como seres de inferior valor social en algunos ámbitos, y porque, en el caso de los menores de 18 años, el impedimento se supera naturalmente con el tiempo. Más problemas plantea la exclusión de los mayores de 60 años, que ya no pueden volver atrás y que sí sufren en alguna medida un cierto prejuicio social. Sobre si podrían participar personas negras, gitanas, con discapacidad, etc. es claro que podrían hacerlo desde las dos posturas interpretativas pues el requisito era tradicionalmente ser varón mayor de 18 y menor de 60; esto es, los dos únicos condicionantes son el sexo y la edad, no la raza u otros.

Por lo que dice a personas no creyentes o creyentes no católicas que quieran tener Alarde sin contenido confesional católico, la respuesta no es tan sencilla, porque es evidente que se trata de un acto público confesional en un Estado laico y el art.

14 prohíbe la discriminación por razón de religión y de ideología. ¿Podría llegar a exigir un juez o una jueza que en el Alarde no hubiera Misa de campaña, sino, a lo sumo, unos momentos de silencio y de recogimiento interior, al modo norteamericano en los lugares públicos? Supongo, en todo caso, que el inciso tercero del art. 16 (los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia) volvería a salvar los muebles de una práctica como esta, pero lo cierto es que la Caja de Pandora está definitivamente abierta. Porque, sin duda, el Alarde tradicional era la manifestación de una sociedad culturalmente homogénea, una sociedad patriarcal, confesionalmente católica, etc. que ya ha perdido su base de sustentación. El Alarde actual tiene que vivir, como tantas otras tradiciones, en una sociedad plural. Tendrá que adaptarse o no sobrevivirá. Mejor que esta adaptación se haga de modo progresivo y voluntario y no a golpe de decisiones judiciales ni mucho menos de violencia en las calles.



De la última reforma del Código Penal en materia de tipificación de delitos contra la libertad sexual, así como de la concienciación social que motivó en gran medida esta reforma, cabría esperar un cambio sustancial en cuanto a la aplicación de las medidas, que se suponía mejoraría las sentencias judiciales, y por ende, las condenas a aplicar en las personas que cometen este tipo de delitos; consiguiendo a su vez que las víctimas de éstos, pudieran sentir el amparo y la protección que la Constitución le reconoce a cualquier ciudadano/a español.

La realidad, en la práctica está resultando ser bien distinta, y con más frecuencia de la que nos gustaría ver, casi a diario nos sorprende alguna sentencia nacida de, vaya usted a saber que mente privilegiada, investida, eso sí, de un halo de superioridad cuasidivina que resuelve todo el problema, reduciéndolo a unos cientos de duros, para el erario público y una bronca pequeña, para acallar el qué dirán de la opinión pública.

Si tenemos en cuenta que un altísimo porcentaje de las víctimas que sufren delitos contra la libertad sexual son niñas y mujeres, el tema se va encuadrando dentro de un contexto, del que he venido huyendo desde hace muchos años, pero que en este momento me obliga a replantearme su existencia; y es, el de la discriminación femenina. Dentro del contexto judicial, y sobre este tema en concreto.

¿De qué sirve entonces el hecho de que se creen, por el propio Ministerio de Justicia oficinas dedicadas especialmente a la atención de las víctimas, si los órganos que han de impartir ésta, ni tan siquiera reconocen, en cada vez más ocasiones tal condición?

Resulta doloroso, pero a menudo toda una lección, de la grandeza humana, presenciar la declaración de una de estas víctimas ante un tribunal. Las condiciones en que se realizan, a menudo sin la menor garantía de privacidad, y con el acusado que en demasiadas ocasiones es persona cercana o bien conocida por la víctima, mirándola de frente, describiendo con detalles minuciosos los hechos que motivan el proceso.

¿De qué sirve el hecho constatado de las alteraciones que crea la denominada "Victimización Secundaria", como se diagnostican las secuelas que sufre una persona por el propio procedimiento judicial cuando éste depende de personas que ignoran o quieren ignorar, que con su actitud agravan la situación de las víctimas?

No parece de recibo que la Administración de Justicia infrinja en ocasiones peor trato a una víctima que al delincuente que cometió el delito, aún después de ser "presunto".

¿Con qué criterio educativo se le explica a una joven víctima que hay ocasiones en las que casi es mejor NO denunciar una agresión de tipo sexual?

¿Cómo se ayuda a una adolescente que por su etapa psicomadurativa se encuentra en un momento en el que lo justo y lo injusto, es casi la máxima de su existencia, cuando siendo una víctima, se le trata como a todo lo contrario?

No trato de hacer una crítica a sentencias judiciales, ya que por mi condición de psicóloga, ésta carecería de rigor profesional; este artículo pretende ser una reflexión nacida de una experiencia profesional, a menudo ingrata cuando toca esta área de trabajo, por cuanto se detecta el abismo existente entre la ficción y la realidad jurídica, o si se prefiere, entre la teoría y la práctica.

Que la condición femenina, es un inconveniente más, añadido a la condición de ser la víctima de un delito de tipo sexual, es un hecho que debería hacernos pensar en si es suficiente la reflexión social, cuando ésta no va acompañada de una mayor y mejor formación, obligada, para las personas con responsabilidades en el orden de la convivencia y justicia social adecuada.

Es de suponer, que la generación que nos sigue, y a la que no le estamos dejando las cosas demasiado fáciles, consiga que la calidad del trato entre seres humanos no dependa tanto del sexo de quién es merecedor de ese trato adecuado, y por supuesto que no dependa tanto del sexo de quién lo dispensa.

Breves

Carta abierta

Delitos contra la libertad sexual

MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA
Especialista en Psicología Jurídica.
Profesora del Master de Psicología Jurídica
de la Universidad Complutense de Madrid y
de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

PENSIÓN COMPENSATORIA...

¿SÍ?

¿NO?

Reflexiones en torno a la pensión compensatoria

ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

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

Cuando en medios jurídicos hablamos de pensión compensatoria se producen discusiones encendidas a favor y en contra, pero casi siempre coincidimos las abogadas mujeres en su defensa y los compañeros abogados en contra de la misma.

Y, sin embargo, la pensión a que se refiere el art. 97 del Código Civil es perfectamente indiscriminada; lo mismo puede ser acreedor el hombre que la mujer y pagador aquél que ésta.

Pero ocurre, en general y en pleno año 2000, que los hombres tienen un nivel de empleo aún muy superior al de las mujeres y que éstas, cuando trabajan fuera del hogar, suele ser con una retribución inferior a la de aquéllos. Estos hechos, que en abstracto no son discutidos por nadie, sí lo son cuando se concretan en un supuesto determinado de separación o divorcio y se ha de pactar o resolver judicialmente sobre la procedencia o no de pensión compensatoria para uno de los cónyuges, generalmente la mujer.

La pensión, conocida comúnmente como compensatoria, que el art. 97 del Código Civil introdujo en su reforma del año 1981 (Ley 30/1981, de 7 de julio), tuvo su precedente legislativo

en la ley republicana de 2 de marzo de 1932, si bien esta última hablaba expresamente de pensión alimenticia, pero en su alcance, causas de extinción, transmisión mortis causa, etc., se producen abundantes coincidencias.

Dos son los requisitos que, a tenor del artículo mencionado, deben concurrir para tener derecho a la pensión:

1 Que la separación o divorcio produzcan un desequilibrio económico a un cónyuge en relación al otro y...

2 Que este desequilibrio implique un empeoramiento de la situación económica que se mantenía durante la convivencia matrimonial.

Cuando concurren estos dos requisitos, se tendrán en cuenta para la determinación del importe de la pensión alguna o varias de las circunstancias a las que se refiere el art. 97 (pacto entre los cónyuges, edad y estado de salud, duración del matrimonio, cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo, dedicación pasada y futura a la familia, colaboración en las actividades profesionales del otro cónyuge, duración del matrimonio y de la convivencia, pérdida

eventual de derecho a pensión, el caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge), sin que esta relación sea excluyente de otras circunstancias que podrán ser también tenidas en cuenta para valorar el desequilibrio y calcular así el importe de la pensión.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de esta pensión, existiendo al momento actual acuerdo en atribuirle una naturaleza mixta: compensatoria del desequilibrio económico y alimenticia. Pero legalmente ningún obstáculo existe para la fijación en una misma resolución judicial de dos pensiones a favor del cónyuge que reúna los requisitos: de un lado, pensión alimenticia y de otro, compensatoria. La rutina y, fundamentalmente, la escasez de medios económicos ha hecho que normalmente se interese únicamente pensión compensatoria.

Las causas de extinción de la pensión son tasadas y se contienen en el artículo 101 del Código Civil: cuando desaparezcan las causas que motivaron su adopción y en caso de convivencia marital con otra persona o de contraer nuevamente matrimonio.

Con independencia de que podamos estar o no de acuerdo con estas dos últimas causas de extinción, la ley, sin

embargo, no contiene ninguna otra limitación temporal del derecho a devengo de esta pensión. Sobre esta cuestión, la temporalidad de la pensión compensatoria, la jurisprudencia menor está tácitamente poniéndose de acuerdo en limitarla, desnaturalizando así la pensión tal y como fue concebida por los legisladores y no porque la situación de la mujer haya cambiado sustancialmente en los años transcurridos desde que se aprobó, sino porque existe una posición crítica de ciertos sectores judiciales y doctrinales hacia la pensión que comentamos, que consideran que cobrar esta pensión es indigno para una mujer.

Las estadísticas ponen de manifiesto que las crisis matrimoniales se producen generalmente a los pocos años de contraer matrimonio o cuando los hijos y las hijas son adultos. Si la crisis de la pareja se produce a los pocos años de la celebración del matrimonio y existen hijos e hijas menores que quedan al cuidado de la madre, ésta va a tener pocas posibilidades de acceder a un empleo, y, si lo tiene, se va a encontrar con muy pocas oportunidades de promoción precisamente por la atención que de ella va a requerir el cuidado de esas hijas e hijos comunes, llevándolos al médico, quedándose con ellos cuando están enfermos, etc. Si la separación representa ese desequilibrio económico al que nos hemos referido, corresponderá pensión compensatoria a esa mujer, sin que quepa limitarla en el tiempo a priori, como habitualmente se hace, como si nuestros Juzgadores dispusieran de una varita mágica capaz de adivinar el futuro de esta mujer. Si cuando los hijos y las hijas necesitan menos atenciones, ella encuentra un trabajo o mejora su posición en el que ya tenía, el art. 100 del Código Civil prevé la posibilidad de revisar o suprimir la pensión en su día acordada. No valen a este respecto las alegaciones que con frecuencia escuchamos, tales como que si cobra la pensión carece de estímulo para buscar un trabajo, porque la cuantía de las pensiones, ese es otro problema, no es disuasoria de la búsqueda de un trabajo y no sirve para llevar una vida

desahogada y sin problemas económicos. Por el contrario, toda mujer acreedora de pensión compensatoria, si no quiere tener una vida mísera y siempre limitada económicamente, se ve abocada a buscar otra fuente de ingresos. En consecuencia, si el procedimiento de modificación de medidas para reducir o suprimir la pensión cuando varíen las circunstancias está legalmente previsto, no tienen ningún sentido limitarla a priori en el tiempo.

Cuando la crisis matrimonial tiene lugar siendo los hijos y las hijas mayores y los cónyuges también lo son, habrá, como siempre, que analizar si se produce o no el desequilibrio económico, requisito *sine qua non*. Pero, normalmente, cuando nos encontramos ante una separación de estas características, suele ocurrir que la mujer ronda los 50 años de edad; ha dedicado su vida al cuidado de la casa y de los hijos y las hijas; quizá trabajó algún tiempo antes de casarse, pero no lo hizo después. Probablemente su esposo preparó oposiciones o estudió la carrera o fue promocionándose en la empresa durante el matrimonio y los peores años, desde el punto de vista económico, los pasaron juntos. Cuando las cosas van bien económicamente, aparece la ruptura. Y en estas circunstancias escuchamos con mucha frecuencia a compañeros y compañeras decir: ¡que se busque un trabajo la mujer! No es ese el espíritu ni la letra del artículo 97 del Código Civil.

Además de la diferencia de ingresos entre los cónyuges que hay que valorar para determinar si esa separación o divorcio produce o no desequilibrio económico entre ellos, hay un hecho, que normalmente no es tenido en cuenta ni por profesionales ni por Juzgadores, y que es fuente de profunda desigualdad entre los cónyuges y por tanto originador de desequilibrio económico entre ellos. Me refiero a las cotizaciones hechas a sistemas de Seguridad Social durante la convivencia, generalmente por el esposo, que van a beneficiar exclusivamente a quien las hizo, salvo pensión de viudedad pero para ello es preciso que muera uno de los cónyuges, cotizaciones que

están hechas con dinero de ambos, puesto que son bienes obtenidos por el trabajo (art. 1347 del Código Civil y 37.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón). Cuando la separación se produce, el cónyuge que tiene hechas estas cotizaciones las guarda para sí, de manera tal que ante los riesgos de enfermedad o de vejez, está económicamente cubierto. El otro cónyuge, generalmente la mujer y sobre todo cuando tiene 50 o más años, no va a poder iniciar tras la separación una carrera de seguro que le permita abordar esa parte de la vida en condiciones similares a su cónyuge. Mientras la legislación de Seguridad Social no cambie y las cotizaciones hechas en régimen de gananciales o consorcial no benefician por igual a ambos cónyuges, aunque la normativa comunitaria avanza en esa dirección, habrá que tener muy en cuenta estas circunstancias, no sólo para calcular la pensión compensatoria, sino también para la determinación del haber conyugal al momento de la liquidación y división. Porque no encuentro razón para valorar las aportaciones hechas a planes de pensiones y hacer las correspondientes compensaciones entre los cónyuges y no tener en cuenta las aportaciones a Seguridad Social, generalmente mucho más importantes económicamente que aquéllas.

Otro motivo de discusión entre compañeros y compañeras cuando tratamos de alcanzar un acuerdo en una separación o divorcio lo encontramos cuando el régimen económico pactado entre los cónyuges es el de separación de bienes. Hay algunos, profundamente ignorantes, que piensan que este régimen excluye la pensión compensatoria, desconociendo que ya el artículo 1.438 del Código Civil contempla la compensación que un cónyuge habrá de hacer al otro por la dedicación y cuidado de la familia. En este régimen, más que ningún otro, cuando un cónyuge se ha dedicado al trabajo fuera de la casa y el otro al cuidado de la familia, a este último, en caso de crisis matrimonial le corresponderá el derecho a percibir pensión compensatoria.



El hecho de que las resoluciones judiciales dictadas en materia de separación y divorcio no sean recurribles en casación, salvo recurso en interés de ley que puede interponer el Ministerio Fiscal, ha motivado la ausencia de criterios pacíficos en esta cuestión. Y ha dado lugar también a la existencia de criterios dispares entre las diferentes Audiencias Provinciales, de manera que se está produciendo una discriminación entre los justiciables. Y aún es más. En nuestra Ciudad no existen criterios unánimes entre las diferentes Secciones de la Audiencia Provincial, pudiendo también afirmar que cada Magistrado de los que componen las dos secciones con competencia en materia de Familia tiene su propio criterio. Esto produce desorientación e inseguridad jurídica. Por poner un ejemplo que ilustre lo que acabamos de afirmar. La Sección 4.ª de la A.P. dictó una sentencia de fecha 29 de septiembre de 1998, en la que resolvió dejar sin efecto la pensión compensatoria acordada en la primera instancia y en sentencia de fecha 23 de noviembre de 1998 mantuvo dicha pensión, que había sido dejada sin efecto en la primera instancia. Las circunstancias de ambos casos, resumidamente, eran las siguientes. En el primero se trataba de un matrimonio en el que el esposo ganaba unas 550.000 pesetas netas y la esposa 150.000. Pero ésta, tenía reducida la jornada laboral para el cuidado de los dos hijos del matrimonio, que contaban 2 y 4 años de edad. De manera que si hubiera trabajado la jornada normal, sus ingresos hubieran sido de 200.000 pesetas. Se interesaba una pensión compensatoria que le resarciera de esa diferencia, esto es, de 50.000 pesetas al mes. El Juzgado de Familia la fijó en 30.000 pesetas al mes y la Audiencia Provincial la dejó sin efecto, en base a estimar que *“...si bien es cierto que en términos absolutos existe una sensible diferencia entre los salarios que obtienen los cónyuges litigantes... tal diferencia no es tanta en términos relativos si se tienen en cuenta que la Sra. puede obtener unos ingresos muy superiores optando por la jornada laboral ordinaria...”*. En el segundo supuesto, no estaban determinados los ingresos

del esposo, pero se trataba de un agente de seguros de una ciudad de la provincia y la esposa, se había probado que trabajaba ocasionalmente con Seguridad Social y más frecuentemente sin ella. En este supuesto, en el que el Juzgado de Primera Instancia había dejado sin efecto la pensión compensatoria, la Audiencia Provincial acordó reponerla en base a *“...no se ha acreditado que la mujer disfrute de un trabajo estable, sino de esporádicos trabajos...”*.

Como es fácil comprender, la disparidad de criterios no ayuda a los/las profesionales del derecho a orientar a los justiciables ante un procedimiento de esta naturaleza.

Hay quien opina que recibir esta pensión es indigno para la mujer. Aún recuerdo una mujer de 70 años, separada de hecho de su esposo, quien no recibía ni 1.000 pesetas al mes para poder dar la mínima propina a sus nietos. El esposo cobraba pensión de jubilación, y, aunque no abundante, le permitía mantenerse con dignidad. Interpuesta demanda de separación, le reconocieron derecho a pensión compensatoria. Siendo éste un caso extremo, lo hemos mencionado porque entendemos que ilustra acerca del alcance y naturaleza de esta pensión. El matrimonio es un contrato, cuyo alcance, personal y económico, viene perfectamente delimitado tanto en el Código Civil como en la Compilación Aragonesa de Derecho Civil. La pensión compensatoria, en caso de separación o divorcio, no significa que una persona va a vivir a expensas de otra toda la vida. No hace sino reparar siquiera sea mínimamente y llegada la crisis matrimonial el desequilibrio que, a consecuencia de las diferentes funciones que hasta ahora han venido asignándose socialmente al varón y a la mujer, se ha ocasionado entre ellos. Desde luego que cuando la sociedad sea igualitaria con ambos sexos, perderá su sentido esta pensión, tanto para las mujeres como para los hombres. Pero no actualmente. Cerrar los ojos a esta realidad es desconocer cómo se produce la vida en muchas familias; supone ignorar que no existen más separaciones por miedo de las muje-

res al futuro económico y supone igualmente desconocer que muchas de ellas, tras la separación, pasan a ingresar el colectivo afectado por la “feminización de la pobreza”, ya que han de cargar con los hijos y con las hijas, con unas pensiones mínimas y en unas condiciones personales y profesionales en las que no pueden acceder al mercado laboral. No propugnamos que, tras la separación o el divorcio, la situación económica de ambos cónyuges ha de ser igualitaria, porque no es ese el espíritu del artículo 97 tantas veces citado, salvo en el caso de pensión de jubilación 000 en el que nos parece que, dado el origen de las cuotas que han conformado el derecho a la pensión, debe distribuirse por iguales partes entre los cónyuges, salvo que existan otras circunstancias que deban ser tenidas en cuenta, como es el uso del domicilio familiar. Pero, cuando se ha procedido a la liquidación y división del haber común, es de estricta justicia que esta clase de pensión, y las dos si los dos cónyuges son acreedores de ella, se redistribuyan entre ambos por iguales partes.

Pero, a propósito de lo anterior, ocurre que el proceso que sigue en el tiempo el importe de la pensión compensatoria, tal como se ha ido conformando por la jurisprudencia menor, es a disminuir o desaparecer, pero nunca a incrementarse, una vez que quedó fijado en el momento de la separación o el divorcio. Esta es otra cuestión discutible, sobre todo en dada la naturaleza mixta de la pensión.

En definitiva, la interpretación restrictiva y a veces timorata que se hace del artículo 97 Código Civil, no se corresponde con su contenido, sino con una determinada forma de pensar profundamente discriminatoria hacia las mujeres, que considera que éstas son un parásito para el esposo tras la crisis familiar, olvidando lo que “ellas” han dejado en el camino de la vida matrimonial en el cuidado de la casa y de la prole común y lo que “ellos” guardan para sí —su trabajo, las cotizaciones—, para cuyo resarcimiento precisamente se instauró la pensión que comentamos.

Pensión entre cónyuges

JOAQUÍN GUERRERO PEYRONA
Abogado

Ante las diversas posibilidades de enfocar este tema, he creído oportuno prescindir del teórico examen de esta institución acuñada en la Ley 7 de julio de 1981 –la pensión por desequilibrio económico entre cónyuges– puesto que quien esté interesado en su profundo estudio doctrinal tiene a su disposición, ya, libros y monografías publicadas en revistas especializadas. He elegido un tratamiento del tema más divulgativo y fruto de mi experiencia durante más de treinta años de ejercicio profesional de la abogacía, con asiduas intervenciones profesionales en esas, siempre tristes, rupturas de la comunidad matrimonial. Creo que, de esta forma, se cumple el objetivo de AEQUALITAS de “atender a las necesidades reales y a los problemas jurídicos concretos”.

Quizá convenga empezar advirtiendo que todo lo que se relaciona con conflictos matrimoniales tiene una especial peculiaridad debido a que, como los esposos no son unos ordenadores sin sentimientos ni emociones, ni seres clonados, sino que cada consorte es una persona irrepetible, mediatizada por la educación y las experiencias, expuesta a influencias

familiares o sociales, espoleada por pasiones, excitada y obcecada a veces por el amor, a veces por el odio cerril, movida ora por remordimientos ora por deseos de venganza, capaz de las mayores generosidades y los máximos egoísmos, perseguida por sentimientos y resentimientos, su solución óptima no puede provenir de una norma general para todos los casos (cuando hay un gran abanico de diferentes situaciones y de disposiciones personales que recorre desde el caso de parejas que se separan con gran tristeza en ambos, hasta el caso en el que, al menos uno, más que una separación favorable desearía al otro la ruina o que le pasara –es un decir– una apisonadora por la cabeza), sino de la ponderación y ecuanimidad.

Para ayudar a buscar los equilibrados términos de una separación matrimonial mucho podemos hacer los abogados y abogadas, como también podemos avivar el encono, agitar aún más los espíritus y radicalizar el conflicto. Es grave responsabilidad de los abogados y las abogadas el procurar que vayan desapareciendo esos procesos contenciosos que parecen riñas de plaza, en las que todo cabe, que se plantean sin tener en cuenta las graves secuelas de esos odiosos pleitos y las

funestas consecuencias en los hijos e hijas. La existencia, fecunda, además de buen asesoramiento letrado, de la mediación familiar tanto de gabinetes especializados, como de la Asociación Mixta de Separados y Divorciados, en la que el consejo es fruto también de las experiencias de muchas personas, puede ser un medio idóneo de resolver pacíficamente contiendas que, en otro caso, pueden resultar terribles e interminables. Mucho pueden, asimismo, hacer las y los parientes y los buenos amigos y amigas para, al menos, evitar el “echar romeritos al fuego”.

Porque, no se olvide, la conflictividad matrimonial, dentro del Derecho de Familia contiene una paradoja: cuando se acude al Derecho es que ya no hay familia. Mientras hay familia (espíritu de familia) nadie se preocupa del Capítulo V, del título IV, del libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los cónyuges.

Todo lo que los consortes, haciendo un “traje a la medida”, puedan consensuar (y entre los términos de un convenio de separación, necesario para una separación de común acuerdo, se encuentra –artículo 90– la pensión que correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los consortes),



mejor. Los consortes son los que conocen las interioridades de sus economías, sus necesidades y la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo y, por ello, están en mejor situación para establecer obligaciones y derechos que, en otro caso, serán fijados por un juez del que cada parte intenta obtener una resolución favorable.

Antes de analizar el tema de la pensión por desequilibrio (que focalizo en el sistema de pensión periódica, sin comentarios sobre las modalidades infrecuentes de su sustitución por una renta vitalicia, el usufructo de bienes o la entrega de un capital en bienes o dinero), conviene decir que se trata de una institución novedosa, creada en esa Ley de 1981, planteada en una coyuntura política y social muy diferente a la actual. Una ley ya superada por los cambios sociales y cuya obsolescencia está causando graves desajustes y víctimas. Una ley cuya modificación y adaptación a este momento histórico se solicita por todas las y los agentes sociales involucrados o afectados por su contenido. Una ley que se mantiene aunque la jurisprudencia ha tenido, ante el bloqueo de su ansiada reforma y la necesidad de resolver las diferencias conyugales que se plantean en el umbral del siglo XXI (cuando han variado situaciones sociales y los criterios sobre el papel del hombre y la mujer en la familia), que interpretar de tal forma que, prácticamente, algunas sentencias actuales son el contrapunto a las que se dictaron hace unos años.

Esa evolución jurisprudencial también crea problemas por cuanto ello da lugar a una falta de seguridad jurídica, ya que el resultado del juicio puede depender del Juzgado al que corresponde el enjuiciamiento, según el turno, o a la línea de pensamiento de las personas miembros del Tribunal que resuelve en segunda instancia. El resultado de la sentencia puede depender, en cierto modo, de la suerte; de la suerte de que sea una persona y no otra la que juzga. Tampoco se produce una unificación del criterio a través del Tribunal Supremo, pues rara vez, ante la pasividad del Ministerio Fiscal, que es el que

puede recurrir en Casación, llegan estos asuntos al más alto Tribunal.

Asimismo, se impone indicar que nada peor para analizar una institución jurídica que el partir de prejuicios o de un pensamiento de monocarril incapaz de percatarse de las nuevas brisas o de admitir las refutaciones sólidas. Nada peor que los “ismos” —machismos o feminismos— en temas en que la discriminación positiva no es pertinente y, por consiguiente, suponen un radicalismo perturbador que estorba en los tribunales e impiden el riguroso estudio y el serio debate.

Es necesario precisar que el artículo 97 del Código Civil no hace mención alguna a la mujer. Habla sólo de “cónyuge”. No hace distinción —como no podría ser de otra forma tras el artículo 14 de la Constitución Española— entre hombre y mujer. Es más, tengo para mí que quien reduce esa norma a la mujer tiene un criterio consciente o inconscientemente, muy peyorativo de la mujer a quien parece que le condena sobrevivir con lo que le dé el marido, al ser incapaz de unos decentes ingresos propios, de un digno trabajo remunerado, o de administrar rentablemente un patrimonio. Nada más machista y triste.

A diferencia de la petición de alimentos entre cónyuges, prevista en el Título VI del Libro I del Código Civil y para la que no se necesita un proceso previo de separación, para solicitar pensión por desequilibrio económico tiene que existir separación o divorcio. Es decir los ingresos familiares que antes eran sustento de una unidad familiar han de atender, ahora, a dos. La “tarta” se ha de repartir y eso supone, inexorablemente, que todos pierden en lo económico. Una separación matrimonial puede ser muchas cosas, pero nunca un negocio.

La primera interpretación, muy rigorista, consistió en que el precepto trataba, una vez que se producía la separación o el divorcio, de equiparar los ingresos de los cónyuges y mientras durara el desequilibrio, y por ello se fijaba de forma indeterminada en el tiempo.

Una de las novedades del concepto de “pensión por desequilibrio” es que soslaya cualquier referencia a la culpabilidad. El pago no es cuestión de bondad o maldad del consorte, ni de que éste fuera mujer o varón, sino de corregir el desequilibrio económico que la separación o el divorcio puede ocasionar a un cónyuge. Además, como sólo se extinguía la obligación de pensión por la alteración sustancial de fortuna o por nuevo matrimonio, o por vivir maritalmente con otra persona, el más perverso cónyuge que podemos imaginar podía seguir cobrando aunque tuviera permanentes relaciones sexuales con otra persona siempre y cuando tuviera la astucia de no casarse con ella y no vivir asiduamente bajo el mismo techo.

La única forma de que la pensión se redujera o se extinguiera era (además de por nuevo matrimonio o por vivir maritalmente) por un cambio sustancial de circunstancias, bien por ganar menos quien debía pagar, bien por ganar más quien tenía derecho a percibirla. También se podía aumentar la pensión en caso de que el o la obligada llegara a mejor fortuna o a peor quien tenía derecho a recibirla.

El cambio sustancial de circunstancias en la fortuna de uno u otro cónyuge (artículo 100 del Código Civil) tiene que ser, para que fundamente la reducción de la cuantía, no voluntario, por lo que una serie de sentencias han venido determinando que el hecho de contraer nuevo matrimonio, tener otros hijos o hijas, causar baja en el empleo de forma voluntaria en incentivada, etc., no son razones para que se extinga la obligación de pago de pensión compensatoria.

El trámite adecuado para variar la pensión por cambio de circunstancias es el del mismo procedimiento seguido para su adopción (Disposición Adicional sexta, apartado 8 de la Ley de 7 de julio de 1981) aunque ya han surgido corruptelas que prescinden de ese trámite y que los Tribunales Superiores deben corregir por tratarse de hechos graves que atentan contra el orden público procedimental y contra las garantías que la norma ofrece a los justiciables.

La verdad es que, en un cierto número de casos y puesto que los intereses económicos son contrapuestos, si había sido turbulenta la convivencia matrimonial, tras la separación se inicia una guerra sin cuartel. No es baladí el tema y hay cónyuges que, tras la separación que parecía que iba a proporcionar cierta paz, se han encontrado con permanentes pleitos, con seguimiento periódico de detectives, con utilización de los hijos y las hijas como moneda de cambio para fines económicos, con mentiras o silencios al preguntar por los ingresos reales y con una desabrida situación de enfrentamiento. En estos casos (que por fortuna no son mayoritarios) en cuanto quien juzga marcaba la cifra, comenzaba una carrera para ver quien se adelantaba pidiendo la variación. En unos casos se consideraba que el consorte que tenía que pagar ganaba más de lo que había dicho (nunca falta el comentario de tal para incrementar la sospecha o las “ganicas de enredar” de cual para que no haya tregua) y en otros casos se pensaba que quien cobrara la pensión trabajaba clandestinamente y vivía mejor que quien pagaba, o que jamás querría trabajar si con ello perdía esa pensión (tampoco suele faltar la o el pariente o el amigo/a en enzuriza). En fin, una pena muy perjudicial para los esposos y, sobre todo, para los hijos y las hijas que deben mantener una buena identificación con cada uno de sus progenitores y que se ven, tantas veces, envueltos en un fuego cruzado de nuevas batallas entre su padre y su madre en las que, tristemente, se le exige tomar postura contra la otra parte.

Pero aún hay más, esa interpretación cómoda y radical de la norma consistente en reducir su aplicación a una mera ecuación matemática sobre ingresos, además de no tener en cuenta las circunstancias que el propio artículo 97 establece que se han de ponderar (acuerdo de los cónyuges, edad, y estado de salud, cualificación profesional, probabilidades de acceso a un empleo, dedicación pasada y futura a la familia, la duración del matrimonio y de la convivencia con-

yugal, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles o profesionales del otro cónyuge, el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, la pérdida eventual de un derecho de pensión) dificultaba el valorar hechos como que, en muchas ocasiones, el que salía del domicilio conyugal, que a veces era un piso adquirido antes del matrimonio o heredado de sus padres, era el que tenía que pagar la pensión y, empero, no se tenía en cuenta esa nueva y costosa situación de ocupación de otra vivienda parecida.

Evidentemente, era necesario un cambio legislativo o una interpretación más acorde, como establece el artículo 3 del Código Civil, con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

El estado de la cuestión, actualmente, no es el de un criterio uniforme sino el de una tendencia a que, examinando en cada caso su peculiaridad, la pensión se establezca con carácter temporal y teniendo en cuenta, para la fijación de la cuantía, cuál de los cónyuges queda en el domicilio conyugal y los gastos de la ocupación de uno nuevo por el que debe abandonarlo.

No siempre debe fijarse límite de tiempo al período de cobro, dado que en algunos casos es imposible pensar en variación de las circunstancias que dificultan la entrada en el ciclo laboral, pero sí que se tiende a que la pensión por desequilibrio no se equipare, en general, a una pensión vitalicia a favor de un cónyuge que debe esforzarse en buscar trabajo. La pensión, en este sentido, se configura como un instrumento transitorio para que el consorte que la reciba logre un status autónomo. En suma, salvo en casos especiales, la pensión por desequilibrio actualmente es considerada como algo relativo y limitado en el tiempo.

El criterio que se va imponiendo, puede visualizarse en el considerando una sentencia que establece: “La Sala,

lo que no puede hacer es precisamente sustraerse a la realidad social alimentada por la experiencia que aporta la labor diaria, y así, mientras una interpretación estricta de los meritados artículos podría llevarnos a entender que fuera de los tres casos enumerados en el artículo 101, la pensión fijada por el Juez de Familia podría devenir casi perpetua favoreciendo con ello claramente por un lado, que el beneficiario de la pensión, no se tome el interés necesario en encontrar un medio de sustento dado que ya lo recibe sin esfuerzo, y por otro lado, que se mantenga indirectamente un hilo de relación entre dos personas cuando ya decidieron en su día caminar por rumbos separados”.

En estos temas de familia, siempre puede haber un caso que parece que no se haya tenido en cuenta, pero lo cierto es que la pensión por desequilibrio, la reciba el hombre o la mujer, ya no es una construcción dogmática identificable con una pensión vitalicia o con una especie de subvención que atentaría contra el derecho a la dignidad del cónyuge beneficiario que pudiendo, se abstuviese de intentar un puesto de trabajo. Ya no se trata de una renta absoluta e ilimitada, aunque en ocasiones deba durar toda la vida.



**¿Son los hijos
y las hijas
un bien social?**

PILAR DE LUIS CARNICER

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



El alarmante descenso del índice de natalidad producido en las últimas décadas, ha provocado un creciente interés por parte de los y las economistas por analizar las causas que lo han producido, así como el efecto que este descenso puede tener en nuestro futuro sistema económico.

En este artículo trataré de reflejar las distintas aportaciones que, desde el campo de la economía y del feminismo, buscan nuevas soluciones y propuestas a esta situación.

EL DESCENSO DE LA NATALIDAD: EFECTOS EN LA SOCIEDAD

El descenso de la natalidad es un hecho constatado en nuestros días en los países occidentales. España presenta uno de los índices de fertilidad más bajos de la Unión Europea, (1,18 niños/as por mujer, frente a una media de 1,43 en la U.E.). Tan solo en Italia el índice de fertilidad es menor (1,17). Si tenemos en cuenta que las mujeres suponen un 50% de la población, este índice de natalidad nos lleva a un crecimiento negativo de la población.

En el ámbito social podemos encontrar la causa del descenso de la natalidad en la transformación que se ha producido en la economía durante este siglo. Me refiero al paso de una economía precapitalista basada en la familia como unidad de producción a una economía capitalista de mercado, donde la unidad familiar se transforma en una unidad de consumo y de reproducción. La actividad productiva que generaban las unidades familiares deviene en una actividad reproductiva.

En la economía precapitalista, la producción estaba centrada en la actividad familiar y sigue siendo así en los países poco desarrollados. La actividad agrícola, artesanal o el comercio tradicional, necesita de mano de obra dentro de la unidad familiar, y los hijos y las hijas suponen una inversión de futuro, máxime teniendo en cuenta la escasa formación necesaria para llevar a cabo este tipo de trabajo

productivo y la corta edad a la que los hijos e hijas se incorporan al trabajo productivo familiar.

En la nueva economía capitalista, la producción se traslada al mercado. El mercado proporciona los bienes y servicios necesarios a cambio de un trabajo productivo. El mercado de trabajo absorbe los conocimientos y habilidades de los trabajadores/as a cambio de un salario con el que poder adquirir los recursos necesarios para satisfacer las necesidades familiares conjuntas. La familia se transforma en una unidad de consumo cuya única actividad es la de administrar un presupuesto para el consumo y la reproducción de los hijos y de las hijas.

Los hijos y las hijas han pasado de ser una inversión rentable que producen una utilidad cuasi-inmediata a la unidad familiar a ser una inversión diferida en el tiempo, cuya rentabilidad será disfrutada por el hijo o la hija y en último término por la Sociedad en su conjunto, debido a los actuales sistemas de reparto social de la riqueza.

Este traslado de la utilidad que generan los hijos e hijas, de la madre y el padre a la Sociedad, nos lleva a plantearnos cuál es el papel de la sociedad en las decisiones de natalidad.

Los actuales sistemas de reparto social de la riqueza en los países occidentales, suponen que cualquier ciudadano o ciudadana, que cumpla los requisitos exigidos por el Estado, tiene derecho a ciertos beneficios sociales, como la sanidad, educación, jubilación, etc.

La mayor parte de estos beneficios sociales, están más relacionados con su actividad productiva en el mercado de trabajo que con su status social o familiar, con algunas excepciones.

Así por ejemplo, el cónyuge que no participa en el mercado laboral, tiene derecho a los mismos servicios de asistencia sanitaria que cualquier trabajador o trabajadora que contribuye económicamente al mantenimiento de estos servicios, pero esta circunstancia no se da en el caso de las jubilaciones, que están relacionadas con las aporta-

ciones dinerarias que la persona ha realizado a lo largo de su vida laboral.

Otro ejemplo es el servicio de becas. Las familias numerosas tienen ciertos beneficios sociales como la reducción del 50% de las tasas para las familias numerosas de 1.ª clase o la exención total para los miembros de familias numerosas de honor. Pero la concesión de otros tipos de ayudas relacionadas con los estudios, como desplazamiento, alojamiento, libros, etc., están relacionadas con las rentas familiares.

Las reducciones de impuestos que padres y madres disfrutaban en la época de crianza de los hijos e hijas, no son equiparables al coste que soportan durante estos años, y de ningún modo se verá reflejado en su jubilación, a pesar de que coincide con la época de mayor productividad de sus descendientes.

Estos sistemas de redistribución de la riqueza, llevan a la persona a actuaciones individualistas relacionadas con el mercado de trabajo. Resulta más rentable invertir el tiempo y los bienes en el mercado de trabajo para obtener mayores prestaciones sociales en el futuro, que tener descendencia, lo que provoca el descenso de la natalidad. Pero a la vez, la reducción de la natalidad provoca una reducción de la mano de obra capaz de generar las rentas suficientes para mantener en el futuro los sistemas sociales de redistribución de la riqueza.

En la actualidad la falta de confianza de que los sistemas de prestación social generen suficientes rentas en el futuro, incentiva a los trabajadores a invertir en fondos privados, cuya rentabilidad revierte en el propio individuo. Pero ningún sistema de creación de riqueza podrá mantenerse si no se dispone del principal medio de producción que es el capital humano.

Esta situación de desequilibrio provoca que la responsabilidad de mantener ciertas tasas de natalidad se traslade de las familias a la sociedad. Si la sociedad en su conjunto desea mantener los sistemas de redistribución de riqueza actuales, es la Sociedad la que debe asegurarse el remplazo generacional que asegura estas rentas futuras, convirtiendo a los niños



y niñas en un “bien social” y su reproducción en una necesidad social¹.

LA DECISIÓN DE TENER DESCENDENCIA

Frases como “las mujeres han decidido no tener hijos e hijas” o “las personas jóvenes no quieren responsabilidades familiares” son muy habituales en nuestra sociedad. Sin embargo, si consideramos a los hijos y a las hijas como un “bien social” el proceso de decisión de fertilidad habría que trasladarlo o, al menos, compartirlo con otras instituciones sociales distintas de la familia, como el Estado o las empresas.

Es evidente que las decisiones de natalidad se toman dentro de la familia, y en todo caso, deberán ser las mujeres las que tengan la última palabra, pero cuando hablamos del proceso de decisión de fertilidad nos referimos a una serie de actividades que van más allá de la concepción y alumbramiento de un hijo o de una hija.

La natalidad no acaba con el alumbramiento. La existencia de hijos e hijas conlleva una serie de actividades relacionadas con su crianza: alimentación, salud, educación, etc. Lo que denominamos cuidado de los hijos e hijas.

La economía ha definido el cuidado de los niños y niñas como una transferencia asimétrica o, más bien, como un intercambio intergeneracional en cascada. Se devuelve a los propios hijos e hijas lo que se ha recibido de los progenitores, con creces si es posible².

Las actividades de cuidado de niños y niñas están muy relacionadas con las actividades de cuidado del resto de miembros familiares, lo que tradicionalmente ha llevado a unir esta serie de actividades, bajo el epígrafe común de “actividad

doméstica” o “trabajo reproductivo”. Esta relación ha supuesto que, tradicionalmente, la persona dedicada al cuidado de los niños y niñas, asuma simultáneamente el cuidado del resto de los miembros familiares convirtiéndose en “ama de casa” y asumiendo la administración de la economía doméstica³.

El trabajo reproductivo tiene como principal objetivo “la producción de niños y niñas” y este proceso conlleva unos costes y genera una utilidad. Desde el punto de vista económico, las decisiones de natalidad se derivan de la búsqueda de equilibrio entre el coste que suponen y la utilidad que aportan.

En nuestro sistema social, el coste de la infancia, puede ser soportado por tres tipos de instituciones: la familia⁴, la empresa y el Estado. Si analizamos los distintos tipos de costes y utilidades que los niños y niñas reportan a estas instituciones sociales, podremos determinar en qué medida cada una de ellas debe responsabilizarse de las decisiones de natalidad.

EL PROCESO DE DECISIÓN EN LA FAMILIA

Las decisiones de fertilidad son tomadas dentro del ámbito familiar y la economía se ha centrado en estudiar el comportamiento de la familia, como unidad de decisión, para poder determinar cuál es el proceso que lleva a las familias a decidir si tienen o no descendencia.

En el modelo neoclásico tradicional, se asume que el hogar tiene una función de preferencias unificada. La utilidad depende de los bienes que pueden consumir, el número de hijos e hijas, la calidad de los hijos e hijas y el tiempo que dedican a los hijos e hijas y/o al ocio. La decisión será aquella combinación que maximice la utilidad conjunta, dada la restricción presupuestaria impuesta por las rentas familiares disponibles. Hay que tener en cuenta que las rentas dependerán del tiempo que los miembros de la familia dediquen al mercado de trabajo y dado que el tiempo es un recurso limitado, un aumento del tiempo de dedicación a los hijos e hijas, disminuye el

**ESTE ORDEN DE COSAS
CONVIERTE A LOS NIÑOS
Y LAS NIÑAS EN
“BIENES PÚBLICOS”
Y SU REPRODUCCIÓN
EN UNA NECESIDAD SOCIAL.**

8 DE DÍA INTERNACIONAL



1

FOLBRE, N. (1994): “Children as Public Goods” *American Economic Review*, 84, 2 May, pp. 86-90.

2

ARCHAMBAULT, E. (1980): Citado en Borderías, C. et al (1994): *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*. Ed. Icaria, p. 192.

3

BORDERÍAS, C. et al (1994): *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*. Ed. Icaria.

4

Considero familia a cualquier persona o personas con capacidad para tomar decisiones de fertilidad, con independencia de la estructura familiar que adopte: nuclear, monoparental, etc.

5

BECKER, G. (1981): *Treatise on the Family*. Harvard university Press, Cambridge. FOLBRE, N. (1996): *The Economics of Family*. Edward Elgar Publishing Limited UK.

MARZO
NAL DE LA MUJER

tiempo dedicado al mercado de trabajo y reduce las rentas, y por ende la cantidad de bienes consumidos, lo que consecuentemente influirá en la calidad de los hijos e hijas⁵.

Esta línea de razonamiento supone que todos los miembros de la familia se benefician de forma conjunta de las decisiones que se toman, aunque el problema aparece cuando se determina cómo se toman estas decisiones. En algunos casos se supone que las decisiones son tomadas por una sola persona, es decir, hay un dictador en la unidad, pero también se asume el altruismo de esta persona, que siempre actuará en beneficio del grupo.

La teoría del matrimonio, supone que los intereses individuales se tienen en cuenta a la hora de decidir si van a formar una familia o no y con quien hacerlo, pero una vez tomada la decisión sus intereses y preferencias se unifican, “los dos se convierten en uno” según afirma Becker, aunque McCrate⁶ responde a esta afirmación con otra sentencia: “pero el uno es el hombre”.

Las críticas a la teoría neoclásica vienen dadas por los Institucionalistas, que a su vez están influidos por la teoría feminista. Rechazan la idea de que las preferencias de la familia vengan dadas de forma exógena, así como la hipótesis del altruismo del cabeza de familia. Los institucionalistas admiten que las preferencias de cada miembro de la unidad familiar pueden ser distintas, y esto supone que a la hora de tomar decisiones existirá un proceso de negociación entre los miembros familiares. En este caso se ha observado una relación directa entre la producción de bienes para el mercado y el poder de negociación, de forma que aquel miembro de la familia con mayor aportación de rentas a la unidad familiar, tendrá un mayor poder de negociación y un mayor peso en las decisiones familiares, lo que de nuevo nos lleva a deducir que, mientras la situación de inferioridad de las mujeres en el mercado de trabajo se mantenga, serán los hombres los tomadores de decisiones en el ámbito familiar.

EL COSTE DE LOS HIJOS
Y LAS HIJAS PARA LA FAMILIA

Dentro de la familia el coste que se deriva del cuidado y crianza de los hijos e hijas puede ser medido por tres elementos: el coste en bienes de consumo, el coste del tiempo utilizado para cuidados y el estrés o pérdida de calidad de vida que supone.

En el primer caso el cuidado de los hijos e hijas supone un coste cuasi-fijo medido en bienes que se derivan de la alimentación, vestido, vivienda, educación y otros servicios que pueden ser utilizados, como guarderías, servicio en el hogar, etc. Por otra parte, el tiempo que el padre y la madre utilizan en el cuidado de los hijos y las hijas puede ser medido como un coste de oportunidad ya que ese tiempo podría ser utilizado en el mercado de trabajo para obtener mayores rentas. En ambos casos, coste en bienes o en tiempo, el cuidado de los hijos y las hijas supone una disminución de las rentas asociadas al trabajo en el mercado.

Dado que un número elevado de hijos e hijas no representa una utilidad positiva para la familia, las preferencias actuales se dirigen hacia la “calidad” de la descendencia y no hacia la “cantidad”. La exigencia de calidad supone un mayor coste en educación, sanidad y alimentación.

El rol tradicional asumido por las mujeres al cuidado de los niños y las niñas, conlleva que las mujeres se autorresponsabilizan de esta tarea. De forma que cualquier actividad que realicen que les impida dedicar su tiempo al cuidado de sus hijos e hijas, y consecuentemente lleve a incurrir en cualquier tipo de coste adicional, es asumida por las mujeres, hasta el punto de considerar como un coste propio el aumento de impuestos que se produce en la renta del varón cuando la mujer participa en el mercado de trabajo, como si el aumento de las rentas totales de la familia fueran por su “culpa”. Esta autorresponsabilización de la mujer en el cuidado de los hijos e hijas y el trabajo doméstico es el principal factor que explica las diferencias salariales y supone la principal barrera para su desarrollo de carreras, así podemos comprender porque los salarios de las mujeres no suben, a pesar de que la formación y experiencia de las mujeres aumenta⁷.

6

BECKER, G. (1973): “A Theory of Marriage: Part I” *Journal of Political Economy*, 81, 4, July/August, 813-46. BECKER, G. (1981): “Altruism in the Family and Selfishness in the Market Place” *Economica*, 48, February, 1-15. McCRATE, E. (1987): “Trade, Merger and Employment: Economic Theory on Marriage”, *Review of Radical Political Economics*, 19, 1, Spring, 73-89.

7

BECKER, G. (1981): *Treatise on the Family*. Harvard university Press, Cambridge; SCHNEER, J.A. y REITMAN, F. (1993): “Effects of Alternate Family Structures on Managerial Career Paths” *Academy of Management Journal* vol. 36 nº 4, pp. 830-843; DE LUIS, P. (1999): “L’utilisation du temps comme facteur explicatif du développement des carrières. Son effet sur la promotion professionnelle des femmes” en *Gender and the Use of Time*, Kluwer Law.



Barbara Bergmam asegura que “el riesgo económico de ser esposa es enormemente alto”⁸.

Por el contrario el rol asumido por los hombres es de “mantener” a la familia, por lo que el coste de alimentación, salud y educación formal es asumido por el hombre. No se sienten responsables de las tareas de cuidado, y las instituciones sociales suponen que cualquier trabajador con hijos e hijas conlleva la existencia de una “madre” que asume estas tareas con independencia de su situación laboral.

Si el proceso de decisión dentro de la familia fuera conjunto, tal como anuncia la economía neoclásica, la decisión de tener descendencia se realizaría relacionando el coste conjunto de cuidado de los hijos y las hijas con las rentas totales disponibles. El coste de los hijos y las hijas incluiría, tanto los bienes de consumo debido a necesidades básicas, como alimento, vestido, sanidad y educación, como aquellos que se deriven de la ausencia de adultos en el hogar. Por otra parte, las rentas totales incluirían las obtenidas por todas las personas de la familia, con independencia de su origen.

Sin embargo el proceso de decisión real dentro de la familia no es tan simple, dadas las distintas responsabilidades que asumen el padre y la madre ante los diferentes tipos de coste, y dado el poder de negociación que les otorga la diferente provisión de rentas.

En la práctica son las mujeres las que se enfrentan al coste de los hijos y las hijas, principalmente el que se genera en los primeros años de vida, y del que se sienten responsables. Esta confrontación hará que sean las mujeres las que en última instancia decidirán si tienen o no descendencia, dentro de la unidad familiar, no porque tengan un mayor poder de negociación, sino por el efecto directo que el coste de estos hijos e hijas tendrá sobre su desarrollo de carreras, reduciendo sus ingresos y la consiguiente reducción de su poder de negociación.

Los estudios se centran en analizar como las mujeres se enfrentan a este coste. Existe una relación negativa entre el coste de cuidado y la participación de

la mujer en el mercado de trabajo. Se ha demostrado que cuando el coste es elevado tan sólo un 20% de las mujeres están dispuestas a participar en el mercado de trabajo, mientras que a coste cero cerca del 90% estarían dispuestas.

La existencia de mujeres que no están dispuestas a participar en el mercado de trabajo, aun cuando el coste de cuidado de sus hijos e hijas fuera cero, indica que existe otra variable influyente en la decisión: la calidad del cuidado. Las mujeres asumen que el cuidado personal de la madre tiene una mayor calidad que cualquier otra alternativa como guarderías, familia, etc. Aunque esto hay que tomarlo con reservas, ya que los ingresos de la familia también son influyentes. Las mujeres que dejan sus puestos tienen maridos con salarios superiores a aquéllas que no dejan sus puestos de trabajo, al parecer hay una relación de intercambio entre ingresos familiares y el deseo de proveer cuidados familiares a los niños y niñas⁹.

En el siguiente análisis partiré del supuesto de que a la hora de enfrentarse con la decisión de tener descendientes, las mujeres tienen una participación activa en el mercado de trabajo, bien como población activa o parada, con lo que asumo que dispone de unos ingresos reales o potenciales. Hay que tener en cuenta que el salario representa la principal variable para tomar este tipo de decisiones. La mujer buscará un equilibrio entre el salario y el coste de los hijos e hijas¹⁰.

Una primera opción es mantener su actual participación en el mercado de trabajo y acudir al mercado de bienes y servicios a adquirir los cuidados necesarios: guarderías, servicio del hogar, etc.¹¹, con lo que el precio que paga por estos servicios cuantifica el coste del cuidado. No obstante, esta solución dejaría sin resolver la demanda de calidad que se deriva de la atención personalizada, derivándose hacia la demanda de calidad en los servicios, como demanda de un ratio máximo persona cuidadora-niño o niña en las guarderías o lo que es más importante para padre y madre, la demanda de una adecuada preparación de los cuidadores y cuidadoras¹².

Una segunda opción es la gestión de su tiempo de participación en el mercado de trabajo. Las posibilidades son tres: a) abandono del puesto de trabajo, b) reducción de la jornada laboral, c) puestos de trabajo flexibles. En todos los casos, el coste puede medirse como una reducción de sus ingresos, de forma total o parcial.

En primer lugar, la mujer puede abandonar su puesto de trabajo para cuidar a sus hijos e hijas personalmente. Con esta solución, cubre sus expectativas de calidad en el cuidado de los hijos e hijas, pero soporta un alto coste personal. No sólo el salario que deja de percibir, sino la pérdida de capital humano que le supone su total retirada del mercado de trabajo, lo que limita su posibilidad de carrera en el futuro, además de los problemas de reincorporación.

En segundo lugar, puede optar por una reducción de la jornada, trabajando a tiempo parcial, para disponer de más tiempo para el cuidado de los hijos e hijas. Esta suele ser la opción preferida de las mujeres con bajos niveles de habilidad y educación. Hasta ahora, las políticas gubernamentales han promovido la contratación a tiempo completo. Si bien es cierto que la rentabilidad de los salarios es mucho más elevada en los contratos a tiempo completo que en tiempo parcial (76% contra 13%), la reducción del coste de cuidado es mucho más elevado con contratos a tiempo parcial (71% contra 21%) lo que lleva a las mujeres a decidirse por los contratos a tiempo parcial¹³.

En tercer lugar puede optar por puestos de trabajo flexibles, como horario flexible, trabajo en el hogar o teletrabajo, con objeto de compaginar la dedicación a tiempo completo al mercado de trabajo y el cuidado de sus hijos e hijas, lo que les lleva a la doble jornada. En este caso deben soportar el coste adicional que supone el estrés de la doble presencia¹⁴. Por lo general, las decisiones que suponen un cambio de puesto, son aceptadas si sus niveles de habilidad y educación son bajos y su antigüedad en la empresa es escasa¹⁵.



8

BERMAM, B. (1981): "The Economics risk of being a housewife" en "Papers and Proceedings of the 19th Annual Meeting of The American Economics Asociation" *American Economic Review*, May, pp. 81-85.

9

HELGADOTTIR, B. (1998): "Bearing the children" *Public Finance*, 24-30 apr. pp. 22-24.

10

HOFFERTH, S.L. (1996): "Effects of public and private policies on working after chidbirth", *Work & Occupations*, 23/4, nov. 378-404.

11

En la hipotética situación de que existiera una perfecta oferta de estos servicios en el mercado.

12

BLAU, D.M. (1997): "The production of quality in child care centres". *Journal of Human Resources*, 32, 2, Spring, 354-387. HAGY, A.P. (1998): "The Demand for Child Care Quality". *Journal of Human Resources*, Summer. Vol. 33, 3, 683-710.

13

POWELL, L.M. (1998): "Part-time versus full-time work and child care costs: evidence for married mothers" *Applied Economics*, vol 30 n^o 4, apr.

14

NEWELL, S. (1996): "The superwoman syndrome: a comparison of the 'heroine' in Denmark and the UK", *Women in Management Review*, vol. 11, 5. 36-41.

15

ESTES, S.B., GLASS, J.L. (1996): "Job changes following childbirth: are women trading compensation for family-responsive work conditions?" *Work conditions?* *Work & Occupations*, 23, 4, nov, 405-436.

16

FOSTER, A. (1996): "Happy families (child care)" *Human Resources*, 22, Jan/Feb, 73-75.

EL COSTE DE LOS HIJOS Y LAS HIJAS PARA LA EMPRESA

Cada día es mayor el número de demandas para que las empresas, como instituciones sociales, soporten el coste de los hijos y las hijas, financiando servicios de ayuda familiar. Los medios que pueden utilizar son variados, desde una involucración directa, costeando guarderías en la propia empresa, hasta una forma indirecta, permitiendo la flexibilidad en los puestos de trabajo. En concreto, las medidas de ayuda familiar que pueden tomar las empresas son: I) Instalación de guarderías en el centro de trabajo, II) Pluses para el pago de guarderías externas, III) Oferta de puestos flexibles, IV) Permisos parentales, y V) Reducción de jornada.

Normalmente la instalación de guarderías en la propia empresa es el método menos aceptado por la empresa, debido a su carácter de coste fijo. La empresa debe soportar el coste de las instalaciones y prever la demanda de estos servicios. La capacidad de las instalaciones podría ser en el futuro una variable influyente en los procesos de selección de personal, perjudicando la contratación de personas que pueden provocar la saturación del servicio, normalmente mujeres en edad fértil.

Otra solución podría ser la concesión de pluses o bonos para guarderías externas para los padres y madres con hijos e hijas en edad inferior a la edad de escolarización. Sin embargo esta solución no es

total, ya que los horarios de los centros educativos son inferiores a los horarios en los centros de trabajo, con lo que los padres y madres siguen teniendo problemas aun después de haber escolarizado a los hijos y las hijas. El mal tiempo, la enfermedad y el cierre de los colegios suponen un problema adicional para los padres y madres que trabajan. El problema de diferencia de horarios, sólo puede ser solucionado con la existencia de guarderías o con la posibilidad de flexibilidad en los puestos de trabajo cuando fuera necesario.

La jornada flexible o la posibilidad de realizar el trabajo en el hogar, supone para la empresa un aumento de los costes de supervisión y coordinación. Ahora bien, si los puestos flexibles estuvieran remunerados como los puestos que exigen una presencia física en la empresa, el coste sería soportado por la empresa, pero en la realidad se sabe que los puestos flexibles tienen una menor remuneración que los puestos fijos y menores posibilidades de promoción, con lo que el coste de la flexibilidad lo asume la trabajadora.

Las empresas siguen siendo reacias a ofrecer este tipo de puestos. Foster propone los horarios flexibles y/o el trabajo en el hogar como una solución para reducir el estrés que sufren los padres y madres porque cada vez deben pasar más horas en el puesto de trabajo y acusan los conflictos trabajo-familia¹⁶. Aunque dudo mucho que esta solución reduzca el estrés si los progenitores lo utilizan para evitar otros costes y asumen la doble jornada.



Otra posibilidad de asumir los costes de los hijos y las hijas por parte de las empresas, supone la concesión de permisos o excedencias parentales. En estos casos la empresa debe soportar el coste de selección y formación de las personas que ocupan el puesto temporalmente.

Por último, la empresa puede ofrecer reducción de jornada a la trabajadora, en este caso el coste es asumido por la empresa y la trabajadora de forma conjunta. La empresa asume el coste de formación y coordinación de un nuevo trabajador o trabajadora que cubra la reducción de jornada, y la trabajadora asume la reducción de su salario, además de la falta de promoción que supone este tipo de contrato. Sin embargo en la práctica se observa que esta solución supone para las mujeres un coste superior a la reducción del salario.

En la actualidad las mujeres que tienen un hijo o una hija tienen derecho a solicitar la reducción de jornada. La medida, pensada para favorecer las decisiones de fertilidad, está provocando efectos perversos, ya que las empresas ante el peligro de una demanda de reducción de jornada priorizan la contratación de hombres para puestos que requieran algún tipo de cualificación, ya que sólo ofrecen contratos a tiempo parcial para aquellos puestos que requieren escasa cualificación.



La implantación de medidas de ayuda familiar puede redundar en beneficio de la empresa en forma de aumento de la satisfacción de la persona trabajadora, reducción de la rotación y un mayor compromiso y/o lealtad de los empleados y empleadas, lo que en definitiva supondrá un aumento de la productividad¹⁷.

El beneficio puede ser mayor en empresas que requieran personal con altos niveles de formación específica y alta exigencia de rotación, aun cuando el personal sea mayoritariamente masculino. Lakhani realizó un estudio para el Ejército donde demostró que el coste de servicio de cuidados familiares es menor que el reclutamiento y entrenamiento de nuevos oficiales. Las esposas están más satisfechas y permiten a los oficiales permanecer en el Ejército¹⁸.

Las empresas tienen un comportamiento miope, al no tener en cuenta las necesidades de cuidado de los niños y niñas. El cuidado de niños y niñas gravemente enfermas o el estrés provocado por la sensación de falta de atención a la familia, puede hacer perder habilidades laborales a los cuidadores y cuidadoras por la no existencia de políticas en las empresas que contemplen esta posibilidad. A pesar de que se observan unos niveles más altos de conflicto trabajo-familia en las personas que ocupan puestos de mayor responsabilidad, tanto en hombres como en mujeres, el cuidado de los niños y niñas es un tema que influye en todos los niveles salariales. Una falta de cuidado puede llevar al absentismo y la falta de concentración de los trabajadores y trabajadoras¹⁹.

Las ventajas de implantar medidas de ayuda familiar por parte de la empresa pueden verse reducidas, ya que la asunción de los costes por parte de la empresa afecta al conjunto de los trabajadores y trabajadoras, y puede producir un efecto negativo en aquellos trabajadores y trabajadoras sin hijos o hijas o los que no usen los servicios de ayuda familiar²⁰. Summers propone cambiar el término *work-family* por *work-life*, lo que en España supondría el cambio de "servicios de ayuda familiar" por "servicios de ayuda vital". Este cambio facilitaría la imagen de que los niños y las niñas representan el futuro de toda la sociedad, es decir, son un bien social.



17

GRIFFITH, V. (1997): "Child-care challenge". *Financial Times*, 3 Nov. P.16.

18

LAKHANI, H.; HOOVER, E. (1997): "Child care use, earnings and retention desires of wives of employees - US Army officers' study" *Journal of Economic Psychology*, 18, 1. Feb, 87-110.

19

ADAMS, C. (1997): "Care for the carers (child-care)" *Personnel Today*, 22 May, pp. 31. GRIFFITH, V. (1998): "Working with the young (informal workplace child care)" *Financial Times*, 25 Aug., p. 10.

20

ROTHAUSEN, T.J., GONZALEZ, J.A., CLARKE N.E. O'DELL, L.L. (1998): "Family-friendly backlash - fact or fiction? The case of organizations' on-site child care centres" *Personnel Psychology*, Vol 51 n° 3 autumn. 685-696. SUMMERS, D. (1997): "Relative values (employees without children)" *Financial Times*, 11 Jul, 9. PLATT, S. (1997): "Who cares?", *Personnel Today*, 30 oct, 31-32.

21

O'REILLY, S. (1998): "Kids stuff" *Human Resources*, 8/2, mar. apr. BARDOEL, E.A., THARENOU, P., MOSS, S.A. (1998): "Organizational predictors of work-family practices" *Asia Pacific Journal of Human Resources*, Vol 36, 3. 31-49. PLATT, S. (1996): "Ask the family (child care provision)" *Personnel Today*, 15 Oct, 21-22.

22

AGUIRRE, M.S. (1998): "Working mothers and the supervision of their children: a value chain approach to schooling" *Logistics Information Management*, vol. 11 n° 1 pp. 18-27.

23

FOLBRE, N. (1994): *Who pays for the kids? Gender and the structures of constraint. Economics as Social Theory Series*. London and New York: Routledge.



A pesar de todo, las empresas siguen siendo reacias a adoptar servicios de ayuda familiar, principalmente las guarderías en el propio centro de trabajo, tan sólo las grandes empresas incluyen alguno de estos servicios²¹.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una última solución sería que el Estado asuma su parte de responsabilidad en el coste de los hijos e hijas. Las soluciones que pueden plantearse son tres: a) Subvención directa de los costes, b) Subvencionar a las empresas que implanten servicios de ayuda familiar, y c) Subvencionar directamente a los padres y madres.

La subvención directa por parte del Estado supondría la ampliación de plazas de guarderías públicas, o acuerdos concertados con guarderías privadas. Dado que actualmente el Estado asume el coste de la escolaridad, la solución primaria pasaría por ampliar la gratuidad de la escolarización desde el momento del nacimiento. Esta solución aumentaría el debate existente sobre la calidad de los centros de enseñanza, y difícilmente solucionaría los problemas de gestión de tiempo de los progenitores, debido a las diferencias horarias entre las jornadas escolares y las jornadas laborales. En la actualidad, las empresas demandan un mayor nivel y adecuación de la formación en los centros de educación formal, principalmente en los centros públicos, y los padres y madres demandan una amplia-

ción de horarios escolares²². Previsiblemente, estas demandas se verían aumentadas, dada la importancia que los primeros años de vida tienen en el desarrollo emocional e intelectual de las personas.

La segunda solución sería la subvención a las empresas que implanten servicios de ayuda familiar. Los avances de la Seguridad Social en estos últimos años, aseguran el coste cero de la maternidad. Sin embargo, el coste de la maternidad para las empresas, va más allá, del permiso de maternidad. Si tenemos en cuenta que el índice de fertilidad es de 1,18 descendientes por mujer, la probabilidad de que una trabajadora disfrute de más de un permiso de maternidad a lo largo de su vida laboral es muy pequeña, y por la misma razón, una mujer con uno o dos hijos o hijas tiene una probabilidad casi nula de que disfrute un permiso de maternidad el resto de su vida laboral, lo que nos llevaría a una preferencia de las madres trabajadoras en los procesos de selección y contratación. Sin embargo, la realidad nos muestra que esta preferencia no existe, y que las tasas de paro son mucho más elevadas para las mujeres.

El riesgo del embarazo de una trabajadora y los costes adicionales que supone para la empresa, sólo es un estereotipo que utilizan las empresas para justificar la discriminación en la contratación de mujeres. Los costes reales vienen asociados al proceso de cuidado de los hijos e hijas que se inicia con el nacimiento: petición de reducción de jornada, flexibilidad, reducción de productividad a causa de la doble jornada, etc.

El problema aparece en la cuantificación de estos costes, dado que dependen de las características personales y sociales de la trabajadora. Su capacidad de trabajo, posibilidad de ayuda familiar, corresponsabilidad con su pareja, son algunos de los factores que determinarán su productividad por lo que el coste no puede ser determinado por una empresa a priori. La subvención a una empresa por el hecho de que su personal este formado por madres trabajadoras tendría connotaciones escasamente objetivas para que el Estado pueda asumirlas.

La última solución pasaría por subvencionar directamente a las familias, bien a través de la reducción de impuestos, bien a través de una subvención directa, es decir, un salario por hijo o hija.

La reducción de impuestos, debería ser de cuantía suficiente para compensar de forma real el coste de los hijos e hijas, incluyendo el coste de oportunidad en el que incurren los padres por el tiempo que dedican a la crianza y educación de los hijos e hijas. En la actualidad, las reducciones de impuestos por descendientes resultan simbólicas comparadas con el coste real que los padres, y principalmente las madres, soportan.

Pero la reducción de impuestos no sería suficiente en los casos de las familias con menores niveles de renta. La solución sería la concesión de una cuantía que asegurara a los padres y madres una renta mínima por encima del umbral de pobreza, y garantizara el cuidado de los hijos e hijas sin menoscabo de su nivel de vida. Esta solución supondría la implantación de un “salario paternal o maternal” que remunerara el trabajo reproductivo, y le dé un valor social equiparable a cualquier otro trabajo productivo en el mercado²³.

CONCLUSIÓN

El aumento del coste directo e indirecto de los hijos e hijas, principalmente para las madres, unido a los actuales sistemas sociales de redistribución de la riqueza, desincentiva a los y las jóvenes a tener descendientes, provocando un descenso de la natalidad que puede llevarnos a la imposibilidad total de mantener los actuales sistemas económicos en un futuro no muy lejano.

Este orden de cosas convierte a los niños y las niñas en “bienes públicos”, y su reproducción en una necesidad social.

Los padres y las madres realizan un servicio público al criar a sus hijos e hijas y la Sociedad debería reconocer y remunerar el trabajo reproductivo en un nivel de igualdad, si no de superioridad, a cualquier otro trabajo productivo.

Mediación Familiar

LIDIA RODRÍGUEZ BENITO

Responsable del Servicio de Mediación Familiar del IAM

LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Durante los últimos veinte años ha habido cambios sociales muy significativos, en cuanto al proceso de modificación de la mentalidad de la sociedad española en su conjunto.

La familia como institución de la estructura social se ha visto afectada por este proceso de transformación; no se puede negar que las actitudes y los comportamientos familiares están constantemente cambiando respecto de los que hace unos años se consideraban bajo el concepto de familia. A este cambio han contribuido, de forma definitiva, las reformas legales introducidas en nuestro ordenamiento jurídico y, entre ellas, la solución judicial que la legislación ha dado a la ruptura conyugal.

Sin embargo, la experiencia que se ha ido acumulando a lo largo de estos años de vigencia de la ley en los procesos de separación y divorcio, demuestra que el esfuerzo legislativo por dotar a la sociedad de un instrumento jurídico, que permitiera una ruptura civilizada sin traumas, no se ha podido lograr en la mayoría de los casos. El fracaso de muchos mutuos acuerdos, la prolongación litigiosa de los contenciosos, no pueden imputarse sólo a la imperfección de la ley o al arbitrio judicial en su aplicación, sino más bien al tipo de conflicto que se juzga, ya que las razones últimas de estos, por lo general, permanecen ocultas, y por tanto escapan a la solución judicial.

Y es que en la mayoría de los casos, detrás de las posiciones rígidas que los cónyuges mantienen en su confrontación litigiosa sobre materias tales co-

mo la custodia, pensiones, visitas, etc., se esconden los verdaderos motivos que hacen que el conflicto persista a pesar y por encima de las resoluciones judiciales, ya que no existen ni pueden existir respuestas judiciales a los problemas emocionales que en toda ruptura afectan a la familia.

Esta cuestión es la que desborda el quehacer judicial, no sólo en nuestro país, sino en todos aquellos en donde judicialmente se interviene con diferentes legislaciones, dando salida a la ruptura de la convivencia familiar. Es precisamente por esto por lo que hace años, en países con tradición divorcista como Estados Unidos, Canadá, y más tarde en la Europa occidental, Francia, Inglaterra, Alemania, etc., surge la Mediación Familiar como una fórmula complementaria para la resolución de este tipo de conflictos familiares.

OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Como toda actividad que comienza su andadura, la Mediación Familiar está expuesta a que su verdadera razón de ser sea tergiversada, y a ser utilizada como panacea para muy diversas e incluso contradictorias aplicaciones; de ahí la necesidad de concretar los objetivos y principios que le son propios para el fin que persigue.

Su objetivo esencial es ayudar a la pareja a elaborar por sí misma las bases de un acuerdo duradero y mutuamente aceptado, teniendo en cuenta las necesidades de cada uno de los miembros de la familia, en especial las de los hijos e hijas, con voluntad de corresponsabilidad parental.

Para esto es imprescindible:

a

Reducir los conflictos que la decisión de ruptura de la convivencia entraña. La decisión de la separación en sí misma, produce en las personas reacciones emocionales (frustración, cólera, sentimiento de culpabilidad, depresión, etc.) muy difíciles de superar, y que pueden tener efectos perniciosos en los y las menores.

b

Restablecer la comunicación. La incomunicación entre la pareja está en la base del conflicto y éste no puede abordarse mientras ésta perdure.

c

Es imprescindible identificar bien los puntos que han de ser objeto de debate en la Mediación. Los motivos no declarados deben emerger a la superficie; en caso contrario, si se oculta la realidad, la Mediación no podrá salir adelante.

CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La característica fundamental, es que se realiza entre dos personas que consienten libremente en su participación, y de las que dependerá exclusivamente la solución final.

Además, el proceso se lleva a cabo con el apoyo de una tercera persona que desempeña el papel de mediadora y que está sujeta a unos principios y a un código deontológico.

Los principios básicos que regulan esta intervención obligan al mediador o mediadora a mantener una postura de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad.

La Mediación Familiar, en su aplicación a la separación y al divorcio, es un proceso de intervención estructurado con una metodología muy precisa.

Como es de sobra conocido no se trata de una terapia, ni de un consejo conyugal, ni menos aún de un asesoramiento jurídico. La Mediación se sirve de estos tres campos y se encuentra en su punto de intersección. El propósito de la Mediación no es cambiar la decisión de separarse, sino dar la oportunidad de hacerlo de forma menos conflictiva.



El proceso de Mediación se desarrolla a lo largo de una serie de entrevistas en las que se va negociando con el objetivo de cambiar la naturaleza del conflicto y reestructurarlo de manera que sea más productivo. En él se van a considerar principalmente los siguientes aspectos:

a

Negociación acerca de la forma de compartir las responsabilidades parentales.

b

Negociación sobre las responsabilidades económicas, en el que se aborda la contribución que el padre y la madre hacen para cubrir las necesidades de sus hijos e hijas y el reparto de los bienes gananciales.

c

Finalmente se procederá a la redacción de un acuerdo parental, que refleje con fidelidad las decisiones tomadas por el padre y la madre.

d

Para que el acuerdo parental adquiera legalidad, la pareja lo entregará a sus abogadas y abogados, los cuales le darán forma jurídica para su presentación y aprobación por el Juzgado.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ARAGÓN

En Noviembre de 1997, el Instituto Aragonés de la Mujer, aprobó la puesta en marcha del primer Servicio de Mediación Familiar. Esta experiencia pionera en la Comunidad Autónoma de Aragón, inicia su funcionamiento el mismo mes de dicho año, prestándose de forma pública y gratuita en el centro piloto de Mediación Familiar en Zaragoza.

La puesta en marcha del Servicio de Mediación surge como proyecto o memoria final de la realización del Curso de Formación en Mediación Familiar impartido por la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF) en Madrid durante los cursos 1996-97 y 1997-98.

La realización de dicho proyecto, junto con la lectura continuada de bibliografía especializada, y diversa documentación sobre otros servicios de Mediación

Familiar desarrollados en otras comunidades, llevó a la autora del trabajo a plantearse la conveniencia de diseñar un servicio en Zaragoza y que cubriese, al menos en parte, lo que los Juzgados de Familia no pudieran atender.

Las premisas de partida para la elaboración de la investigación coinciden con los objetivos que han dado lugar al Programa de Mediación Familiar, y que son los siguientes:

- Preparar un contexto adecuado para que la pareja negocie sus desacuerdos, evitando los enfrentamientos inútiles y su incidencia negativa en los menores. Es necesario reducir la litigiosidad que conlleva la decisión de la ruptura, con el fin de facilitar unas relaciones familiares menos cargadas emocionalmente de resentimientos por parte de los ex-cónyuges y de esta forma preservar y fortalecer el vínculo parental que no termina con la disolución del matrimonio. En este sentido, la Mediación ayuda a modificar las conductas manipulativas de los padres y madres sobre sus hijos e hijas y supone una medida preventiva de los trastornos psicológicos de los menores asociados a una forma inadecuada del padre y/o la madre de llevar a cabo el proceso de ruptura.
- Ayudar a la pareja a establecer nuevas formas de comunicación que les resulten útiles en el futuro, y de esta forma establecer unas relaciones positivas de ambos con sus hijos/as.
- Disminuir los procedimientos contenciosos como forma legal de resolver la separación o el divorcio. El procedimiento contencioso agudiza el enfrentamiento entre las partes y no resulta útil para resolver las disputas familiares, donde precisamente los componentes afectivos y emocionales son centrales.
- Prevenir los incumplimientos tan frecuentes en los procedimientos matrimoniales. Esto supone que los procedimientos de mutuo acuerdo que se tramiten obedezcan a pactos realmente admitidos por las partes, disminuyendo de ese modo el número

de incumplimientos y por tanto de ejecuciones de sentencias que se tramitan en los Juzgados. En definitiva, tratar de que en los mutuos acuerdos se respete la verdadera voluntad de los cónyuges sin someter a éstos a presiones que impidan su viabilidad.

- Fomentar la coparentalidad. Es decir, centrar a la pareja en su función de padre y madre, ya que el lazo marital se rompe, pero no el lazo parental. Esto supone enseñar a las parejas a seguir manteniendo su responsabilidad como padre y madre, posibilitando que los hijos e hijas mantengan una relación adecuada con ambos después de la separación. De esta forma los y las menores no experimentan la ruptura matrimonial como la pérdida de una de las figuras parentales, y se evita que sean un instrumento más de las ansias revanchistas de uno de ellos hacia el otro.

CONCLUSIONES

Como conclusión, se puede decir que el Programa ha cumplido los objetivos propuestos:

- Poner en marcha el Servicio de Mediación Familiar, una experiencia sin referencia previa en la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Darse a conocer a la sociedad aragonesa, con un fuerte impacto en los medios de comunicación y en los medios profesionales.
- Conseguir el mutuo acuerdo del 60% de las parejas que inician la Mediación.
- Las parejas que interrumpen la negociación, aunque no alcanzan acuerdos totales, manifiestan la utilidad de estas técnicas para disminuir los conflictos y preparar el terreno para futuras negociaciones.
- Realizar una tarea de información, sobre todo a nivel psicológico y de pautas educativas, así como de derivación a un número elevado de personas usuarias.
- Fortalecer la idea del mutuo acuerdo en las actitudes sociales en torno a la separación.
- Obtener una valoración muy satisfactoria de las parejas que han llegado a acuerdos consensuados en el Servicio.



LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL GRUPO FAMILIAR: TRATAMIENTO JURÍDICO Y PSICOSOCIAL. LO 14/1999: PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE MALOS TRATOS

José Domingo Martín Espino (coord.). *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial. LO 14/1999: protección de las víctimas de malos tratos*. Madrid, Constitución y Leyes; Centro Superior de Estudios, 1999. 203 páginas. (Temas Claves de Derecho).

La presente publicación recoge los trabajos y aportaciones de un grupo de juristas, sociólogos y profesionales de la salud, junto con responsables políticos que han analizado el complejo problema de la "violencia sobre la mujer", desde un enfoque interdisciplinar. Estos trabajos, que se iniciaron en unas jornadas realizadas en Canarias, concluyen ahora con un estudio referente a la nueva LO 14/1999, que reforma el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para una mayor protección de las víctimas de malos tratos en el ámbito familiar.

Contiene: I. Violencia doméstica: planteamiento general. II. Violencia contra las mujeres ¿qué se está cuestionando? III. Derechos humanos y mujeres maltratadas. IV. Violencia contra las mujeres: los dispositivos de respuesta pública. V. La mujer víctima de malos tratos: políticas integradas de actuación. VI. Introducción de la LO 14/1999, para la erradicación de la violencia familiar. VII. Un paso decisivo. VIII. Búsqueda de un nuevo marco jurídico en el tratamiento de la violencia sobre la

mujer. IX. Los procesos de ruptura familiar por malos tratos. X. La violencia doméstica y el Juzgado de Familia. XI. Malos tratos en la situación familiar. XII. Protección a las víctimas de la violencia doméstica. XIII. La violencia doméstica: sus causas y consecuencias en el equilibrio psicológico de la víctima y de la familia. XIV. Claves para la detección del maltrato y/o agresión sexual en mujeres. Recomendaciones para la atención.



LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Lidia Rodríguez Benito. *La Mediación Familiar. Implantación del Servicio en el Instituto Aragonés de la Mujer*. Zaragoza: Gobierno de Aragón. Instituto Aragonés de la Mujer, 1999. 55 págs.

Como toda actividad que comienza su andadura, la Mediación Familiar está expuesta a que su verdadera razón de ser sea tergiversada, y a ser utilizada como panacea para muy diversas e incluso contradictorias aplicaciones; de ahí la necesidad de concretar los objetivos y principios que le son propios para el fin que persigue.

Su objetivo esencial es ayudar a la pareja a elaborar por sí misma las bases de un acuerdo duradero y mutuamente aceptado, teniendo en cuenta las necesidades de cada uno de los miembros de la familia, en especial las de los hijos e hijas, con voluntad de corresponsabilidad parental.

En noviembre de 1997, el Instituto Aragonés de la Mujer, aprobó la puesta en marcha del pri-

mer Servicio de Mediación Familiar. Esta experiencia pionera en la Comunidad Autónoma de Aragón, inicia su funcionamiento el mismo mes de dicho año, presidiéndose de forma pública y gratuita en el centro piloto de Mediación Familiar en Zaragoza.



ARTÍCULO 14: UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Universidad de Málaga; Área de Derecho Constitucional. *Artículo 14: una perspectiva de género. Boletín de Información Jurídica*. Sevilla: Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de la Mujer, 1999. Cuatrimestral.

Con este Boletín, el Instituto Andaluz de la Mujer pretende poner a disposición de los y las profesionales del Derecho un instrumento práctico, de fácil manejo, que acerque al conocimiento de los avances legislativos que se vayan produciendo y que profundicen en el desarrollo del principio constitucional de igualdad.

Dar a conocer las resoluciones judiciales más significativas, sobre todo aquellas que supongan un avance en la interpretación del derecho para la igualdad y la no discriminación de las mujeres, así como de aquellas otras que supongan un retroceso en la aplicación del derecho en este sentido, todas ellas seguidas de comentarios por parte de analistas que aporten una perspectiva de género.

Y por último pretende dar a conocer la doctrina jurisprudencial más asentada y novedosa en materia de igualdad para en definitiva, contribuir al estímulo de opciones que favorezcan las posibilidades de avanzar en igualdad.



DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: VALORES, PRINCIPIOS Y NORMAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Andrés Ollero. *Discriminación por razón de sexo: Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. 183 páginas. (Estudios Constitucionales).

Miguel Rodríguez-Piñero prologa este trabajo "Como filósofo del Derecho, al mismo tiempo que operador jurídico en cuanto forma parte del cuerpo legislativo, Ollero enfoca la temática de la discriminación desde un plano dinámico que le permite pasar de lo general a lo concreto y viceversa.

Su examen de la jurisprudencia constitucional es valorativo, como valorativa es también esa jurisprudencia, porque a la postre pone en práctica un valor. El problema de la discriminación es que con ese término se dicen cosas distintas, o más exactamente, el que del valor igualdad se deducen varios principios y reglas, y consecuentemente, distintos derechos o pretensiones jurídicas a veces contradictorias".

Contiene: Prólogo. A modo de introducción. 1. Normas o principios: un falso dilema. 2. Principios jurídicos pre-legales. 3. Una razonable positivación. 4. Esclarecimiento interpretativo. 5. Primacía de lo teleológico en el razonamiento jurídico. 6. Obligado activismo judicial. 7. Adiós a la "Legislación negativa". 8. Los derechos a la igualdad. Bibliografía. Sentencias del Tribunal relevantes, hasta diciembre de 1998.

INSTITUTO ARAGONÉS DE LA MUJER

AÍNSA

LA SOLANA, 1. TEL. 974 500 909.

ALCAÑIZ

AYUNTAMIENTO,
PLAZA DE ESPAÑA, 1.
TEL. 978 870 565.

ANDORRA

CASA DE LA CULTURA.
ESCUELAS, 10-12.
TEL. 978 843 853.

BARBASTRO

PZA. DE LA CONSTITUCIÓN, 2.
TEL. 974 310 150.

CALAMOCHA.

EDIFICIO SERVICIOS MULTIPLES.
LA PAZ, 1. TEL. 978 731 618.

CALATAYUD

SAN JUAN EL REAL, 6.
TEL. 976 881 018.

CASPE

AYUNTAMIENTO,
PLAZA DE ESPAÑA, 1.
TEL. 976 636 600.

DAROCA

CASA DE LA COMARCA.
MAYOR, S/N. TEL. 976 800 312.

EJEA DE LOS CABALLEROS

AYUNTAMIENTO.
AVDA. COSCULLUELA, 1.
TEL. 976 661 100.

FRAGA

BARRÓN, 5 BAJOS.
TEL. 974 472 147.

HUESCA

DELEGACIÓN DEL IAM.
RICARDO DEL ARCO, 6.
TEL. 974 293 031.

JACA

OFICINA DELEGADA
DEL GOBIERNO. LEVANTE, 10.
TEL. 974 356 735.

MONZÓN.

AYUNTAMIENTO. PZA. MAYOR, 4.
TEL. 974 400 700.

SABIÑÁNIGO

AYUNTAMIENTO.
PZA. DE ESPAÑA, 2.
TEL. 974 482 967.

TARAZONA

AVDA. DE LA PAZ, 31, BAJOS.
TEL. 976 641 033.

TERUEL

DELEGACIÓN DEL IAM.
SAN VICENTE DE PAÚL, 1.
TEL. 978 641 050.

UTRILLAS

PLAZA AYUNTAMIENTO, 11, 1º.
TEL. 978 756 795.

ZARAGOZA

SEDE DEL IAM.
P.º M.ª AGUSTÍN, 38.
TEL. 976 445 211.

<http://www.aragob.es/pre/iam>



Instituto Aragonés de la Mujer

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

Ofrece formación y asesoría en la búsqueda de empleo para la mujer 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.

ASESORÍA EMPRESARIAL

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.

SERVICIO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

El objetivo es restablecer la comunicación entre la pareja y llegar a un acuerdo satisfactorio para las partes en conflicto, que regule todas las consecuencias de la disolución de la pareja y de la transformación de la familia. La Mediación Familiar consiste en la intervención de una tercera persona neutral y cualificada que trabaja en común con la pareja para realizar una gestión positiva del conflicto teniendo en cuenta las necesidades de cada miembro de la familia y en particular las de los hijos e hijas, con un espíritu de corresponsabilidad parental.



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	4
DERECHO CONSTITUCIONAL	
El Tribunal Constitucional alemán revoluciona las arcas del Estado con una sentencia. Por María Elósegui Itxaso. Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.....	6
DERECHO ESPAÑOL	
Legislación	
La familia y el nuevo impuesto sobre la renta de las personas físicas. Por María Luisa Ruiz Baña. Profesora Asociada de Derecho Financiero y Tributario. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza	10
La desgravación fiscal por hijos e hijas en el nuevo impuesto sobre la renta de las personas físicas. Por Alfonso Polo Soriano. Abogado. Inspector de Finanzas excedente	17
DERECHO AUTONOMÍAS	
Actuación del Justicia de Aragón ante situaciones de discriminación. (Síntesis). Por Fernando García Vicente. Justicia de Aragón	22
Comentarios a Jurisprudencia	
Nulidad del despido de una trabajadora embarazada. (Síntesis anotada de la Sentencia del T.S.J. de La Rioja de 25 de marzo de 1999). Por M.ª Carmen Ortiz Lallana. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Rioja	23
El alarde de Irún y la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo. Comentario a la Sentencia 16/1998 del T.S.J. del País Vasco, Sala de lo Contencioso, de 17 de enero de 1998. Por Fernando Rey Martínez. Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid	28
BREVES	
Delitos contra la libertad sexual. (Carta abierta). Por María José Coll Tellechea. Especialista en Psicología Jurídica. Profesora del Master de Psicología Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad Nacional de Educación a Distancia	33
FORO DE DEBATE	
Pensión compensatoria... ¿SÍ, NO?	
Reflexiones en torno a la pensión compensatoria. Por Altamira Gonzalo Valgañón. Abogada. Miembro del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer	34
Pensión entre cónyuges. Por Joaquín Guerrero Peyrona. Abogado	37
MUJER Y ECONOMÍA	
¿Son los hijos y las hijas un bien social? Por Pilar de Luis Carnicer. Profesora Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza	40
MISCELÁNEA	
Mediación Familiar. Por Lidia Rodríguez Benito. Responsable del Servicio de Mediación Familiar del Instituto Aragonés de la Mujer	48
LIBROS	
Referencias bibliográficas comentadas. Por IAM Documentación y Publicaciones.....	50



Universidad de Zaragoza



Instituto Aragonés de la Mujer



**GOBIERNO
DE ARAGON**

Departamento de Presidencia
y Relaciones Institucionales

