

A E Q U A L I T A S

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 35

JULIO-DICIEMBRE 2014

PERIODICIDAD SEMESTRAL

ISSN: 1575-3379



La publicación de la revista se engloba dentro de las actuaciones a desarrollar en el Convenio de Colaboración que anualmente suscriben el Instituto Aragonés de la Mujer y la Universidad de Zaragoza, para el mantenimiento y realización de actividades de la “Cátedra sobre Igualdad y Género”.

La Revista **AEQUALITAS** tiene por objeto fomentar la igualdad de oportunidades hombre-mujer desde una perspectiva jurídica interdisciplinar, informando de manera actualizada a los operadores jurídicos, desde un enfoque práctico e incluyendo estudios doctrinales y problemas de fundamentación.

Está dirigida a personas con formación jurídica, académicos, abogados en ejercicio, al personal de administraciones públicas, de ámbito local, autonómico y estatal, organismos de igualdad, y a ciudadanos con formación universitaria. Versa sobre temas de igualdad jurídica entre mujeres y hombres, centrados en el derecho español vigente.

La igualdad de oportunidades se afronta desde las distintas ramas del saber jurídico, desde el derecho constitucional, laboral, internacional, comunitario, civil, desde la filosofía del derecho, etc. En cada ámbito se estudia la legislación y jurisprudencia. En muchos casos, la revista supone un foro de sugerencias para la mejora de la legislación, y un punto de encuentro entre quienes legislan y las operadoras y los operadores jurídicos. Se publican dos números al año, ambos en formato digital. Están disponibles gratuitamente en la web del Gobierno de Aragón (www.aragon.es) y en la web de la universidad de Zaragoza de la “Cátedra sobre Igualdad y Género”, así como en el buscador DIALNET, en el que se reproduce la totalidad de los números de la revista, siendo posible su búsqueda por el nombre de los autores.



CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

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

SUBDIRECTORA

M^a PILAR ARGENTE IGUAL

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

SECRETARIA TÉCNICA

Documentación y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.

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

VOCALES

■ GABRIEL GARCÍA CANTERO

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

■ ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

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

■ JOSÉ M.^a ORÚS RUIZ

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

■ M.^a JESÚS AZUARA ADÁN

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

■ CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

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

■ MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

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

■ ANTONIO J. MUÑOZ GONZÁLEZ

Abogado.
Coordinador del Servicio de Atención a la Mujer
del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

EDITA:

■ Instituto Aragonés de la Mujer.

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

Paseo María Agustín, 16, 5ª planta. 50071 Zaragoza
Tel. 976 716 720
E-mail: iam@aragon.es

■ Universidad de Zaragoza.

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

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

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

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

CONSEJO ASESOR

■ RICARDO OLIVÁN BELLOSTA

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

■ DOLORES SERRAT MORÉ

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

■ FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

■ MANUEL BELLIDO ASPAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ VEGA ESTELLA IZQUIERDO

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

■ MARÍA JOSÉ PONCE MARTÍNEZ

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

■ JOSÉ IGNACIO GUTIÉRREZ ARRUDI

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

■ ALBERTO ALLEPUZ FANDOS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

■ MANUEL GÓMEZ PALMEIRO

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

■ MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

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

■ DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Inspectora. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

■ ELISA SIERRA

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

■ CARMEN ORTÍZ LALLANA

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

■ MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

■ ROBERT ALEXY

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

■ ALFONSO RUIZ MIGUEL

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

■ TERESA PÉREZ DEL RÍO

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

■ FERNANDO REY MARTÍNEZ

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

■ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

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

■ AMPARO BALLESTER PASTOR

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

■ MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

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

■ BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

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

■ MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

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

■ LUIS NAVARRO ELOLA

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

■ CARMEN SÁEZ LARA

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

■ ASUNCIÓN VENTURA

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

■ CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Administradora Superior del Gobierno de Aragón.

■ ROGELIO ALTISENT

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

■ AURORA LÁZARO

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

■ MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

■ JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

■ ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

■ RICARDO RON LATAS

Catedrático de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Universidad de La Coruña.

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

Catalogada en LATINDEX:

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

Catalogada en RESH.CINDOC así como en el índice elaborado por el CSIC, denominado DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas españolas de Humanidades, Ciencias Sociales y Jurídicas).

Nº	Título de revista	Año C-F	Área de conocimiento	Val. DI	% IC	Ap. AU	Eval. ext.	Crit. LAT	ANEP	CARHUS	ERIH	BB.DD.
N1	Aequalitas	C 1999-			11.76	Sí	Sí	27	C			

1

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

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

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

La catedrática María Elósegui.

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

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

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

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

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

3

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

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

4

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

5

AEQUALITAS no se hace responsable de las opiniones de las autoras y autores de los artículos publicados.



En el presente año 2014, la revista *AEQUALITAS* celebra su decimoquinto año de andadura. Agradecemos desde estas líneas la contribución de la abogada María Jesús Monreal al Consejo de Redacción de la Revista y damos la bienvenida a Antonio Muñoz González, Abogado, Coordinador del Servicio de Atención a la Mujer del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza con el Instituto Aragonés de la Mujer durante el año 2014 y vocal de la Subcomisión de Violencia Sobre la Mujer del Consejo General de la Abogacía Española en representación del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón.

Abrimos el número 35 con un artículo que versa sobre un Convenio del Consejo de Europa que acaba de entrar en vigor en España el 1 de agosto de 2014. Nos referimos al Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género que se firmó el 11 de mayo de 2011 en Estambul. Según el magistrado Lousada, autor del mencionado artículo, “si bien el derecho español vigente cubre con bastante solvencia sus exigencias, con lo cual, en principio, no existe mucho campo para su aplicación directa, el análisis de su contenido resulta necesario. En primer lugar, porque el contenido del convenio aporta una serie de definiciones y principios que servirán para la interpretación y recta aplicación de las normas internas del derecho español, de conformidad con lo establecido en el artículo 10, apartado 2, de la Constitución Española. Y, en segundo lugar, porque la posibilidad de aplicación directa, que se sustenta en el artículo 96 de la Constitución Española, no se descarta, más aún en un momento como el actual de recesión económica donde hay importante riesgo de involución, de manera que la existencia de un estándar internacional asegura unos mínimos que nunca podrían ser superados a la baja en el derecho interno”.

En el apartado dedicado a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el profesor belga y abogado Jean Jacquain, nos ofrece su ya habitual Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género. El estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres desde el 1 de septiembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2014 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También incluye sentencias y decisiones emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y un apéndice sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Adentrándonos en el derecho español, Guillermo Barrios, profesor Titular de Derecho Laboral de la Universidad Rey Juan Carlos, profundiza sobre un asunto muy concreto, a saber: la ampliación del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva en relación con las trabajadoras madres de familias numerosas. Según expone: “Cuando, en caso de parto, la mujer trabajadora acredita todos los requisitos para acceder al subsidio por maternidad excepto el período mínimo de cotización exigido, puede llegar a reconocérsele un subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva de una duración de 42 días. Esa duración se amplía a 56 días en los supuestos de familias numerosas”.

Como anunciábamos en el editorial del número anterior de la revista, ofreceríamos información sobre las conclusiones del Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados para el estudio de la racionalización de horarios, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la corresponsabilidad, subcomisión en la que tuve la suerte de poder participar al ser llamada como experta. Las profesoras de derecho laboral Marta Fernández, profesora Titular de Derecho del Trabajo y Francisca Fernández Prol, profesora de la misma materia, ambas de la Universidad de Vigo, nos presentan los resultados del informe realizado por dicha Subcomisión. El informe fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 10 de octubre de 2013. Los objetivos de la subcomisión pueden reconducirse a cinco: ha analizado las medidas de conciliación y flexibilización horaria existentes y su utilización práctica o efectividad; ha presentado propuestas de racionalización de los horarios en todos los ámbitos a fin de favorecer la conciliación, mejorar la productividad y lograr una mayor convergencia con Europa; ha formulado propuestas que permitan avanzar hacia la corresponsabilidad a través de una distribución más igualitaria de los roles tradicionales; ha estudiado la aplicación de la LOIEMH en relación con las medidas de conciliación vinculadas a la negociación colectiva, derechos laborales, jornada de trabajo y planes de igualdad de las empresas; y ha emitido un informe a fin de mejorar las políticas de conciliación, corresponsabilidad y racionalización de horarios, informe del que se ha dado traslado al Gobierno, tras su aprobación por la Comisión de Igualdad y el Pleno del Congreso.

Por último, en relación con la jurisprudencia, José Antonio Serrano García, profesor Titular en la Universidad de Zaragoza, acreditado como Catedrático de Derecho civil, analiza el tratamiento dado en la jurisprudencia aragonesa a la contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida. Como señala el mencionado especialista en derecho foral aragonés: “Como algo distinto del deber de asistencia mutua entre padres e hijos, el deber unilateral de los padres de criar y educar a sus hijos es propio de la minoría de edad de éstos, pero, excepcionalmente, puede continuar si los hijos mayores de edad no han completado su formación. El deber de crianza y educación de los hijos afecta igualmente a los padres separados, que deben contribuir a los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios en proporción a sus recursos económicos, teniendo uno al hijo consigo y el otro pagando una pensión (custodia individual), o teniendo al hijo los dos por turnos y asumiendo cada uno su parte de gastos (custodia compartida)”.

En próximos números analizaremos temas relacionados con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que celebra su décimo aniversario, así como aspectos relativos al acceso a la vivienda en estos momentos de crisis económica, estudiando desde una perspectiva de género, si las dificultades en el ejercicio del derecho a la vivienda afectan de distinto modo a mujeres y hombres.

María Elósegui Itxaso

Catedrática de Filosofía del Derecho.

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

Directora de la Revista *AEQUALITAS*

<http://intercultural.unizar.es>

DERECHO INTERNACIONAL.
DERECHO DEL CONSEJO DE EUROPA

AEQUALITAS 2014 (nº 35), pp. 6-15, ISSN: 1575-3379

**El convenio
del Consejo de Europa
sobre prevención y lucha
contra la violencia contra
las mujeres y la violencia
de género**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

Magistrado especialista de lo social – Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
Doctor en Derecho / Graduado Social.



RESUMEN

Con ocasión de la entrada en vigor en España del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, que se firmó el 11 de mayo de 2011 en Estambul, el estudio aborda un comentario del Convenio, destacando sus características generales (es un convenio de derechos humanos, sobre igualdad de los sexos y asume la perspectiva de género), y los conceptos que utiliza (violencia contra las mujeres, violencia doméstica y violencia de género), y analizando su contenido (políticas integradas y recogida de datos; medidas de prevención; protección y apoyo; derecho material; investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección; migración y asilo; cooperación internacional), y el organismo de vigilancia que instaura (el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica).

Palabras clave: Violencia de género; convenios internacionales.

A 1 de agosto de 2014 ha entrado en vigor en España el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género que se firmó el 11 de mayo de 2011 en Estambul –de ahí que se suele denominar como el Convenio de Estambul–. Si bien el derecho español vigente cubre con bastante solvencia sus exigencias, con lo cual, en principio, no existe mucho campo para su aplicación directa, el análisis de su contenido resulta necesario. En primer lugar, porque el contenido del convenio aporta una serie de definiciones y principios que servirán para la interpretación y recta aplicación de las normas internas del derecho español, de conformidad con lo establecido en el artículo 10, apartado 2, de la Constitución Española. Y, en segundo lugar, porque la posibilidad de aplicación directa, que se sustenta en el artículo 96 de la Constitución Española, no se descarta, más aún en un momento como el actual de recesión económica donde hay importante riesgo de involución, de manera que la existencia de un estándar internacional asegura unos mínimos que nunca podrían ser superados a la baja en el derecho interno.

I. CARACTERÍSTICAS MÁS DESTACADAS: DERECHOS HUMANOS, IGUALDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Hay tres características destacadas del Convenio de Estambul. La primera característica destacada es que se trata de un texto de derechos humanos, una característica que, aún siendo evidente, no debe ser acallada. Tal circunstancia explica que, al enunciar sus fundamentos normativos en los párrafos iniciales de su Preámbulo, se aluda a un buen número de textos de derechos humanos tanto europeos –y entre ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y la Carta Social Europea (1961, revisada en 1996)– como internacionales –y entre ellos los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos (1966) y de derechos económicos, sociales y culturales (1966) y la Convención sobre la elimi-

ABSTRACT

On the occasion of his entry into force in Spain, this study analyzes the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, which was signed on May 11, 2011 in Istanbul, highlighting their general characteristics (it's a convention on human rights, sex equality and assumed gender perspective), and the concepts used (violence against women, gender violence and domestic violence), and analyzing their content (integrated policies and data collection, prevention, protection and support, substantive law, investigation, prosecution, procedural law and protective measures, migration and asylum, international co-operation), and their surveillance agency (Group of Experts on action against violence against women and domestic violence).

Keywords: Gender violence; international conventions.

nación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)–, para acabar esa enumeración con una condena expresa de todas las formas de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica, demostrando así que estamos ante otro episodio más en la lucha por los derechos humanos. Sin salir todavía del Preámbulo, se reconoce explícitamente en dos ocasiones la vinculación con los derechos humanos. De un lado, cuando se reconoce “con profunda preocupación que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del honor y las mutilaciones genitales”, para concluir que dichas violencias “constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas”. De otro lado, cuando se reconoce la existencia de “violaciones constantes de los derechos humanos en situación de conflictos armados que afectan a la población civil, y en particular a las mujeres”.

Ya dentro del articulado del Convenio de Estambul, donde mejor se aprecia esta característica es en sus artículos 4, sobre “derechos fundamentales, igualdad y no discriminación”, y 5, sobre “obligaciones del Estado y diligencia debida”. En el artículo 4.1 se reconoce, como auténtico derecho fundamental, “el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado”. Por ello, en el artículo 5 se establecen, como obligaciones de las partes, la de que “se abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación”, y la de que “tomarán las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales”.



La segunda característica destacada es la integración entre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la lucha contra la discriminación sexista. En el Preámbulo se reconoce tanto que “la realización de jure y de facto de la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra las mujeres”, como que “la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres”. O sea, la discriminación y la violencia se retroalimentan. Igualmente dentro del Preámbulo del Convenio de Estambul se reconoce “con profunda preocupación que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzado, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del honor y las mutilaciones genitales”, para concluir que dichas violencias “constituyen (además de) una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas... (también constituyen) un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres”.

Por ello, en el articulado del Convenio de Estambul aparecen numerosas referencias a la igualdad entre mujeres y hombres, y, en especial, en su artículo 4.2 se establece que “las Partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y tomarán, sin demora, las medidas legislativas y otras para prevenirla, en particular: indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de la igualdad entre mujeres y hombres, garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio; prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo incluso, en su caso, a sanciones; (y) derogando las leyes y prácticas que discriminan a la mujer”.

Acaso porque la igualdad de género no se puede conseguir con desigualdad en otros ámbitos, el Convenio de Estambul, después de la condena de la discriminación contra las mujeres, añade, en el artículo 4.3, que “las medidas para proteger los derechos de las víctimas... (no supondrán) discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, el estado de salud, la discapacidad, el estado civil, el estatuto de emigrante o de refugiado, o cualquier otra situación”.

Por último, el artículo 4.4 aclara “las medidas específicas necesarias para prevenir y proteger a las mujeres contra la violencia por razones de género no se consideran discriminatorias en el presente Convenio”, de manera que la referencia al sexo contenida en el recién citado artículo 4.3 no se puede interpretar en el sentido de que no se puede establecer medidas específicas necesarias dirigidas exclusivamente a las mujeres para prevenir y proteger frente a la violencia por ra-

zones de género. Sin duda alguna, la clave se encuentra en que esas medidas específicas sean “necesarias”, es decir sometidas a un juicio de necesidad, no de mera conveniencia, en orden a su justificación, de modo que, si no lo son, serían discriminatorias.

Y la tercera característica destacada es la comprensión de la violencia contra las mujeres desde la perspectiva de género, siendo el género un factor sistémico a erradicar con políticas transversales pues solo la integración de la lucha contra la violencia de género en todas las políticas puede acabar con algo que es sistémico. De nuevo es el Preámbulo donde se reconoce que “la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación”, y que “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género”.

Así las cosas, el artículo 6, titulado “políticas sensibles al género”, establece que “las Partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres para la adquisición de autonomía de las mujeres”.

II. OBJETIVOS Y ÁMBITOS

De conformidad con su artículo 1, los objetivos del Convenio son: **a** proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; **b** contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida mediante la autonomía de las mujeres; **c** concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; **d** promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; **e** apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones, el Convenio crea un mecanismo de seguimiento específico: el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO). Si hubiéramos de resumir ese elenco de objetivos en uno solo de pocas palabras se podría afirmar, usando una expresión del Preámbulo, que el Convenio de Estambul “(aspira) a crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica”.

Los ámbitos de aplicación del Convenio de Estambul se definen en su artículo 2 con amplitud objetiva, subjetiva y contextual. Objetiva pues “se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera despropor-



cionada”. Subjetiva pues “se alienta a las Partes a aplicar el presente Convenio a todas las víctimas de violencia doméstica... (con) especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el género”. Y contextual pues “el Convenio se aplicará en tiempo de paz y en situación de conflicto armado”. En el Preámbulo se habían reconocido “las violaciones constantes de los derechos humanos en situación de conflictos armados que afectan a la población civil, y en particular a las mujeres, en forma de violaciones y de violencias sexuales generalizadas o sistemáticas y el aumento potencial de violencia basada en el género tanto antes como después de los conflictos”.

III. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Un aspecto importante del Convenio de Estambul son las definiciones que contiene de “violencia contra las mujeres”, “violencia doméstica”, “género” y “violencia contra las mujeres por razones de género”, que son de una importante precisión técnica y que sirven para delimitar el propio ámbito de aplicación material del Convenio de Estambul. Al respecto, su artículo 3, contiene las siguientes definiciones:

a

Por “violencia contra las mujeres” se deberá entender “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”. Resulta importante destacar la conexión, que aquí está explícita, entre la violencia contra las mujeres, la protección de los derechos humanos y la tutela anti-discriminación sexista. Por lo demás, se aclara que “el término mujer incluye a las niñas menores de 18 años”.

La violencia contra las mujeres definida en esos términos no es cualquier acto de violencia cuya víctima sea una mujer o una niña, sino solo aquellos “basados en el género”, con lo cual la definición de “violencia contra las mujeres” ofrecida en el Convenio de Estambul se solapa con la de “violencia contra las mujeres por razones de género” que también se ofrece en el Convenio de Estambul como “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, si bien la definición de “violencia contra las mujeres” es más descriptiva de comportamientos, mientras la definición de “violencia contra las mujeres por razones de género”, se construye sobre la causa de la violencia o sus efectos desproporcionados sobre las mujeres.

b

Por “violencia doméstica” se entenderán “todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cón-

yuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”. Se trata de una definición caracterizada por su correcta amplitud, tanto en lo que se refiere a las formas de manifestación de la violencia –a saber, física, sexual, psicológica o económica–, como en lo que se refiere al ámbito de producción de la violencia –en la familia o en el hogar, o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de la convivencia actual o pasada–. De este modo, no solo se contemplan las relaciones conyugales y de pareja, siendo factible la violencia doméstica en el ámbito de otras relaciones en la familia o en el hogar –de padres a hijos/as, o a la inversa, o entre hermanos–.

Obsérvese que esta definición no está sexuada, es decir la violencia doméstica es un concepto que se aplica de manera bilateral sea la víctima hombre o mujer. Tampoco en esta definición aparece una referencia al género, como sí aparece en la definición de “violencia contra las mujeres” y en la definición de “violencia contra las mujeres por razones de género”.

A pesar de la ausencia en la definición de “violencia doméstica” del sexo mujer y de la referencia al género, la violencia doméstica es de género.

En primer lugar, porque si la violencia de género contra las mujeres –según la define el Convenio de Estambul– es “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, la violencia doméstica entre en esa definición en la medida en que “las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género”, y en que “la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada”, como se reconoce en el Preámbulo. Sin perjuicio lo expuesto de que “los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica”, y de que “los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de la violencia dentro de la familia”, como también se reconoce en el Preámbulo.

En segundo lugar, porque –y esta es una explicación cualitativa más profunda que va más allá de la comprobación cuantitativa de la desproporción– el componente de género aparece implícito en la propia relación de pareja o familiar que contextualiza la violencia, de manera que la sola producción de la violencia en el marco de esa relación de pareja o familiar la convierte en violencia de género, en especial cuando su víctima es una mujer en cuanto los estereotipos de pareja y familiares son más rígidos usualmente para las mujeres. Lo cual supone reconocer, en última instancia, que la violencia se produce porque la mujer no se ha comportado dentro de la relación de pareja o familiar como exigen sus roles de género.

c

Por “género” se entenderán “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente consuetudinarios que una sociedad concreta considera propios



de mujeres o de hombres”. El concepto de género es decisivo en la comprensión de la violencia contra las mujeres, y de ahí la relevancia de su recepción en un texto con valor normativo. Importancia del concepto que es destacada en el propio Preámbulo del Convenio de Estambul, donde se afirma expresamente que “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género”.

d

Por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. Con esta definición, se admite implícitamente la existencia de violencia de género contra los hombres, que puede acaecer –aunque no sea tan probable como la violencia de género contra las mujeres– cuando los hombres no asumen sus roles de género –por ejemplo, hombres que se dedican al cuidado de sus hijos, o, en unos términos más generales, que presentan comportamientos feminizados–.

Ya hemos apuntado que las definiciones de “violencia contra las mujeres” y “violencia contra las mujeres por razones de género” ofrecidas en el Convenio de Estambul se solapan, de manera que, si las combinamos, se podría concluir se está contemplando una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres comprensiva de todos los actos de violencia contra una mujer porque es una mujer o porque afecte a las mujeres de manera desproporcionada, que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

IV. POLÍTICAS INTEGRADAS Y RECOGIDA DE DATOS

El Capítulo II del Convenio de Estambul, sobre “políticas integradas y recogida de datos”, se inspira en las estrategias de transversalidad de la dimensión de género típicas del moderno derecho antidiscriminatorio. De ahí la obligación general de las Partes a adoptar “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para adoptar y poner en práctica políticas nacionales efectivas, globales y coordinadas” –artículo 6.1–. Tales tres características se concretan en otras obligaciones de las Partes a clasificar como sigue:

1ª

Obligaciones dirigidas primordialmente a conseguir la efectividad: la de aplicar todas las medidas poniendo “los derechos de la víctima en el centro de todas las medidas” –artículo 6.2–, y la de dedicar “recursos financieros y humanos adecuados para la correcta aplicación de políticas integradas, medidas y programas... incluidos los que realicen las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil” –artículo 8–.

2ª

Obligaciones primordialmente dirigidas a la globalidad: la de implicar “a todos los actores pertinentes como las agencias gubernamentales, los parlamentos y las autoridades nacionales, regionales y locales, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil” –artículo 6.3–, y la de reconocer, fomentar y apoyar “a todos los niveles, el trabajo de las organizaciones no gubernamentales pertinentes y de la sociedad civil que sean activas en la lucha contra la violencia contra las mujeres” –artículo 9, inciso primero–.

3ª

Obligaciones primordialmente dirigidas a la coordinación: la de aplicar todas las medidas “por medio de una cooperación efectiva entre todas las agencias, instituciones y organizaciones pertinentes” –artículo 6.2–, y la de establecer “una cooperación efectiva” con las organizaciones no gubernamentales pertinentes y de la sociedad civil que sean activas en la lucha contra la violencia contra las mujeres –artículo 9, inciso segundo–.

Se obliga a designar o crear “una o varias entidades oficiales responsables de la coordinación, aplicación, seguimiento y evaluación de políticas y medidas tomadas para prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas” –artículo 10.1–. Tales entidades **1** coordinarán la recogida de datos a que se refiere el artículo 11, y analizarán y difundirán los resultados –artículo 10.2–, **2** recibirán informaciones de naturaleza general relativas a las medidas en el ámbito de la cooperación internacional –artículo 10.3–, y **3** tendrán capacidad para comunicar directamente y fomentar relaciones con sus homólogos de las otras Partes –artículo 10.4–.

La recogida de datos a que se refiere el artículo 11 comprende “los datos estadísticos detallados pertinentes, a intervalos regulares, sobre los asuntos relativos a todas las formas de violencia incluidas”, y en particular, “encuestas basadas en la población, a intervalos regulares, para evaluar la amplitud y las tendencias de todas las formas de violencia incluidas”. Esa norma obliga además a las Partes a “apoyar la investigación en los ámbitos relativos a todas las formas de violencia incluidas... con el fin de estudiar sus causas profundas y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas tomadas para aplicar el presente Convenio”. Todas estas informaciones las Partes las proporcionarán al GREVIO, y también velarán por que se pongan a disposición del público.

V. MEDIDAS DE PREVENCIÓN

El Capítulo III del Convenio de Estambul, sobre “prevención”, contempla unas obligaciones generales y unas obligaciones específicas.

Las generales obligan a las Partes a tomar todas las medidas necesarias para **1** promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las



mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres, **2** prevenir todas las formas de violencia incluidas, **3** animar a todos los miembros de la sociedad, en particular los hombres y los niños, a contribuir activamente a la prevención de todas las formas de violencia incluidas, **4** velar por que no se considere que la cultura, las costumbres, la religión, la tradición o el supuesto honor justifican actos de violencia incluidos, y **5** promover programas y actividades para la autonomía de la mujer. Todas las medidas –incluyendo así tanto a las generales recién enunciadas como las específicas a que se hará referencia– tendrán en cuenta y tratarán las necesidades específicas de las personas que sean vulnerables debido a circunstancias particulares, y pondrán en su centro los derechos humanos de todas las víctimas –véase el artículo 12–.

Las específicas –en cuyo detalle no entraremos, invitando al lector o lectora interesados a su lectura directa– se refieren a sensibilización –artículo 13–, educación –artículo 14–, formación de profesionales –artículo 15–, programas preventivos de intervención y tratamiento –artículo 16–, y participación del sector privado y medios de comunicación –artículo 17–.

VI. PROTECCIÓN Y APOYO

El Capítulo IV del Convenio de Estambul, sobre “protección y apoyo” contempla unas obligaciones generales y unas obligaciones específicas.

Las generales obligan a las Partes a tomar todas las medidas necesarias para **1** proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia, **2** velar por que existan mecanismos adecuados para poner en práctica una cooperación eficaz entre todos los organismos estatales pertinentes, incluidas las autoridades judiciales, los fiscales, las fuerzas y cuerpos de seguridad, las autoridades locales y regionales, así como las organizaciones no gubernamentales y las demás organizaciones o entidades pertinentes para la protección y el apoyo a las víctimas y testigos de todas las formas de violencia incluidas, y **3** garantizar la protección consular u otra, y un apoyo a sus nacionales y a las demás víctimas que tengan derecho a la protección conforme a las obligaciones derivadas del derecho internacional. Todas las medidas –incluyendo así tanto a las generales recién enunciadas como las específicas a que se hará referencia– **1** se basarán en una comprensión fundamentada en el género de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, y se concentrarán en los derechos humanos y la seguridad de la víctima, **2** se basarán en un enfoque integrado que tome en cuenta la relación entre las víctimas, los autores de los delitos, los niños y su entorno social más amplio, **3** estarán dirigidas a evitar la victimización secundaria, **4** estarán dirigidas a la autonomía e independencia eco-

nómica de las mujeres víctimas de violencia, **5** permitirán, en su caso, el establecimiento de un conjunto de servicios de protección y apoyo en los mismos locales, **6** responderán a las necesidades específicas de las personas vulnerables, incluso los hijos de las víctimas, y serán accesibles para ellos, y **7** la prestación de servicios no dependerá de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier autor de delito –véase el artículo 18–.

Las específicas –en cuyo detalle no entraremos, invitando al lector o lectora interesados a su lectura directa– se refieren a información –artículo 19–, servicios de apoyo generales –artículo 20–, apoyo en materia de denuncias individuales/colectivas –artículo 21–, servicios de apoyo especializado –artículo 22–, refugios –artículo 23–, guardias telefónicas gratuitas de 24 horas diarias –artículo 24–, apoyo a las víctimas de violencia sexual –artículo 25–, protección y apoyo a los niños testigos –artículo 26–, la denuncia –artículo 27–, y la denuncia por profesionales –artículo 28–.

VII. DERECHO MATERIAL

El Capítulo V del Convenio de Estambul, sobre “derecho material”, es, desde el enfoque jurídico, su centro neurálgico y, más específicamente, ese centro neurálgico se encuentra en la obligación de las Partes de tipificar como delito una serie de hechos que se detallan en los artículos 33 a 39, y de sancionar penalmente u otra forma la conducta del artículo 40. El resto de los artículos comprendidos en ese Capítulo –artículos 29 a 32 y 41 a 48– detallan los diversos efectos penales y civiles de esos hechos sancionables.

1

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delitos los siguientes hechos, siempre que se cometan intencionadamente: **1** el hecho de atentar gravemente contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción o amenazas –artículo 33, violencia psicológica–; **2** la adopción, en varias ocasiones, de un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad –artículo 34, acoso–; **3** el ejercicio de actos de violencia física sobre otra persona –artículo 35, violencia física–; **4** la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto, los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona, y el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero, con las precisiones de que, en todo caso, el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes, y de que esas disposiciones se aplicarán también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales



–artículo 36, violencia sexual, incluida la violación–; **5** el hecho de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio y el hecho de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio –artículo 37, matrimonios forzosos–; **6** la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer, el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados o de proporcionarle los medios para dicho fin, y el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados o de proporcionarle los medios para dicho fin –artículo 38, mutilaciones genitales femeninas–; **7** la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado y el hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento –artículo 39, aborto y esterilización forzosa–; y **8** la asistencia y la complicidad, así como la tentativa de algunos –no de todos– de los delitos enumerados en los artículos anteriores –véase el artículo 40–.

II

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales –artículo 40, acoso sexual–. No se obliga, en consecuencia, a la tipificación como delito del acoso sexual, bastando su sanción penal –incluyendo a los delitos y a las faltas– u otro tipo de sanciones legales. Otra diferencia con los hechos a tipificar obligadamente como delito, es no exigir intencionalidad.

III

El Convenio de Estambul contiene una serie de normas de naturaleza penal complementarias de las tipificaciones penales, y que sucintamente establecen: la inaceptabilidad de determinadas justificaciones vinculadas a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto honor, así como que la incitación hecha por cualquier persona a un menor no disminuirá la responsabilidad penal de dicha persona en relación con los actos cometidos –artículo 42–; la irrelevancia a los efectos de la sanción penal de la relación existente entre la víctima y el agresor –artículo 43–; el establecimiento de una serie de normas detalladas de competencia judicial internacional cuya finalidad es la de eliminar ciertas exigencias en orden a la atribución, por las Partes, de su propia competencia ju-

dicial, buscando así evitar situaciones de impunidad –artículo 44–; la consideración como agravantes, siempre que de por sí no sean constitutivas del delito, de la existencia de lazos familiares o afectivos actuales o antiguos, abuso de autoridad, reiteración de los hechos, vulnerabilidad de la víctima, comisión del delito contra o en presencia de un menor, o actuando dos o más personas conjuntamente, violencia de extrema gravedad, comisión del delito utilizando o amenazando con un arma, producción de graves daños físicos o psicológicos a la víctima, y condenas anteriores por hechos de similar naturaleza –artículo 45–, incluyendo las condenas en otros Estados Partes –artículo 46–; y la prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, así como que, en el caso de que se condene al pago de una multa, se tenga en cuenta debidamente la capacidad del autor del delito para hacer frente a las obligaciones económicas que tenga contraídas con la víctima –artículo 47–.

IV

Atención especial a las consecuencias civiles dedica el Convenio de Estambul. Con carácter general, se reconoce el derecho de las víctimas a “recursos civiles adecuados contra el autor del delito”, así como “contra las autoridades estatales que hubieran incumplido su deber de tomar medidas preventivas o de protección necesarias dentro del límite de sus poderes” –artículo 29–. Y, en particular, se reconoce el derecho de las víctimas “a solicitar una indemnización por parte de los autores de todo delito previsto en el presente Convenio”, añadiendo que el Estado “debería conceder” –lo que, al utilizar el tiempo condicional, parece situarnos en una admonición más que en una obligación– “una indemnización adecuada a quienes hayan sufrido graves daños contra su integridad física o a la salud, en la medida en que el perjuicio no esté cubierto por otras fuentes, en particular por el autor del delito, los seguros o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado... (sin perjuicio de) requerir al autor del delito el reembolso de la indemnización concedida, siempre que la seguridad de la víctima se tenga en cuenta de manera adecuada”, una indemnización que se deberá conceder en “plazo razonable” –artículo 30–.

En concreto con respecto a las relaciones familiares, se establecen dos normas. Una relativa a las relaciones paterno-filiales según la cual se tendrán en cuenta, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, los incidentes de violencia, y, en particular, el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia pondrá en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños –artículo 31–. Y la otra relativa a las consecuencias civiles de los matrimonios forzosos según la cual se posibilitará su anulación, nulidad o disolución sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas –artículo 32–.



VIII. INVESTIGACIÓN, PROCEDIMIENTOS, DERECHO PROCESAL Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El Capítulo VI del Convenio de Estambul, sobre “investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección”, se encabeza con unas obligaciones generales según las cuales las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias **1** para que la investigación y los procedimientos judiciales relativos a todas las formas de violencia incluidas se lleven a cabo sin demoras injustificadas, sin perjuicio del derecho de la víctima a todas las fases del proceso penal, y **2** para, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos –artículo 33–. Sobre el presupuesto de estas obligaciones generales, se contemplan otras específicas para adoptar las medidas necesarias, en su caso legislativas, en orden a las siguientes finalidades:

Que las fuerzas y cuerpos de seguridad competentes respondan de forma rápida y eficaz a todas las formas de violencia ofreciendo protección adecuada e inmediata a las víctimas, y, en particular, tomen de forma rápida y adecuada medidas de prevención y protección, incluidas las medidas operativas preventivas y la recogida de pruebas –artículo 50–.

Que todas las autoridades pertinentes puedan llevar a cabo una valoración del riesgo de letalidad, la gravedad de la situación y el riesgo de reincidencia a efectos de gestionar el riesgo y garantizar, en su caso, la coordinación de la seguridad y el apoyo, valorando el hecho de que el autor de actos de violencia posea o tenga acceso a armas de fuego –artículo 51–.

Que las autoridades competentes dispongan de la facultad de ordenar, en caso de peligro inmediato, que el autor del acto de violencia doméstica abandone la residencia de la víctima o de la persona en peligro por un periodo de tiempo determinado y de prohibir que el autor entre en el domicilio de la víctima o de la persona en peligro o contacte con ella, priorizando la seguridad de las víctimas o personas en peligro –artículo 52–.

Que las víctimas puedan beneficiarse de mandamientos u órdenes de protección adecuados que ofrezcan una protección inmediata y no supongan una carga económica o administrativa excesiva para la víctima, tengan efecto por un periodo determinado o hasta su modificación o revocación, se dicten en su caso sin audiencia a la otra parte y con efecto inmediato, puedan disponer-

se de forma independiente o acumulable a otros procedimientos judiciales, y puedan introducirse en procesos judiciales subsiguientes. Tales mandamientos u órdenes de protección serán objeto de sanciones legales, efectivas, proporcionadas y disuasorias –artículo 53–.

Que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario –artículo 54–.

Que las investigaciones o procedimientos relativos a los delitos de violencia física, violencia sexual, incluida la violación, matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas y aborto y esterilización forzados, no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y que el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia. En todo caso, se garantizará, de acuerdo con las condiciones previstas en el derecho interno, la posibilidad de que las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y los consejeros especializados en violencia doméstica puedan asistir y/o apoyar a las víctimas, a petición de estas, a lo largo de las investigaciones y procedimientos judiciales de los delitos –artículo 55–.

Que se protejan los derechos e intereses de las víctimas, incluidas sus necesidades específicas cuando actúen en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y procedimientos judiciales, en especial **a** velando por que tanto ellas como sus familiares y testigos de cargo estén al amparo de los riesgos de intimidación, represalias y nueva victimización, **b** velando por que las víctimas sean informadas, al menos en los casos en que las víctimas y sus familiares podrían estar en peligro, cuando el autor del delito se evada o salga en libertad de forma temporal o definitiva, **c** manteniéndolas informadas, según las condiciones establecidas en el derecho interno, de sus derechos y de los servicios existentes a su disposición, así como del curso dado a su demanda, de los cargos imputados, del desarrollo general de la investigación o del procedimiento y de su papel en el mismo, y de la resolución recaída, **d** dando a las víctimas, de conformidad con las normas procedimentales del derecho interno, la posibilidad de ser oídas, de presentar elementos de prueba y de exponer sus puntos de vista, necesidades y preocupaciones, directamente o a través de un intermediario, y de que estos sean examinados, **e** proporcionando a las víctimas una asistencia adecuada para que sus derechos e intereses sean debidamente expuestos y considerados, **f** velando por que se puedan adoptar medidas para proteger la vida pri-



vada y la imagen de la víctima, **g** velando por que, siempre que sea posible, se evite el contacto entre las víctimas y los autores de los delitos en la sede de los tribunales o de los locales de las fuerzas y cuerpos de seguridad, **h** proporcionando a las víctimas intérpretes independientes y competentes, cuando las víctimas sean parte en el procedimiento o cuando aporten elementos de prueba, **i** permitiendo a las víctimas declarar ante el tribunal, de conformidad con las normas del derecho interno, sin estar presente, o al menos sin que el presunto autor del delito esté presente, especialmente recurriendo a las tecnologías de la comunicación adecuadas, si se dispone de ellas, y **j** disponiendo, en su caso, medidas de protección específicas que tengan en consideración el interés superior del menor que haya sido víctima y testigo de actos de violencia –artículo 56, que supone un auténtico elenco de derechos de las personas víctimas de la violencia–.

Que las víctimas tengan derecho a asistencia jurídica y ayuda legal gratuita según las condiciones previstas en el derecho interno –artículo 57–.

Que el plazo de prescripción para instar un procedimiento relativo a los delitos de violencia sexual, incluida la violación, matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas y aborto y esterilización forzados, tenga una duración suficiente y proporcional a la gravedad del delito de que se trate, a fin de permitir la tramitación eficaz del procedimiento, después de que la víctima haya adquirido la mayoría de edad –artículo 58–.

IX. MIGRACIÓN Y ASILO

El Capítulo VII del Convenio de Estambul, sobre “migración y asilo”, regula tres cuestiones relevantes para la situación de las mujeres extranjeras en las Partes: el estatuto de residente, el asilo de género y la no devolución.

Con relación al estatuto de residente, las Partes deberán adoptar las medidas necesarias, en su caso legislativas, **1** para garantizar que se conceda a las víctimas, cuyo estatuto de residente dependa del de su cónyuge o de su pareja de hecho, de conformidad con el derecho interno, previa petición, un permiso de residencia autónomo, en el caso de disolución del matrimonio o de la relación, en situaciones particularmente difíciles, con independencia de la duración del matrimonio o de la relación, **2** para que las víctimas puedan obtener la suspensión de los procedimientos de expulsión iniciados por causa de que su estatuto de residente dependa del de su cónyuge o de su pareja de hecho, de conformidad con el derecho interno, con el fin de permitirles solicitar un permiso de residencia autónomo, **3** para la expendición de un permiso de residen-

cia renovable a las víctimas al menos cuando la autoridad competente considere que su estancia es necesaria con respecto a su situación personal o cuando la autoridad competente considere que su estancia es necesaria a los fines de cooperación con las autoridades competentes en el marco de una investigación o de procedimientos penales –solo se exige una de estas dos–, y **4** para que las víctimas de matrimonios forzados llevadas a otro país a fines de celebración de dichos matrimonios, y que pierdan, en consecuencia su estatuto de residente en el país en que residan habitualmente, puedan recuperar este estatuto –artículo 59–.

Con relación al asilo de género, las Partes deberán adoptar las medidas necesarias, en su caso legislativas, para que la violencia contra las mujeres basada en el género pueda reconocerse como una forma de persecución en el sentido del Convenio relativo al estatuto de los refugiados de 1951 y como una forma de daño grave que da lugar a una protección complementaria o subsidiaria. Se establece, además, que la interpretación del estatuto será sensible con respecto al género –artículo 60–.

Con relación a la no devolución, las Partes deberán adoptar las medidas necesarias, en su caso legislativas, para que las víctimas de violencia necesitadas de protección, con independencia de su condición o de su lugar de residencia, no puedan ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pudieran ser víctimas de tortura o tratos o daños inhumanos o degradantes –artículo 61–.

X. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

El Capítulo VIII del Convenio de Estambul, sobre “cooperación internacional”, comprensivo de los artículos 62 a 65, regula diversos mecanismos de cooperación –posibilidad de denunciar en el país de residencia, asistencia judicial, inclusión de la prevención y lucha contra la violencia de género dentro de los programas de asistencia al desarrollo, transmisión de información cuando hay personas en situación de riesgo, protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal–. No entraremos en su análisis en detalle, invitando al lector o lectora interesados a su lectura directa. Pero sí destacaremos que, como obligación general que sirve de amparo a todas esos mecanismos de cooperación y otros que se puedan oportunamente establecer en el futuro, se obliga a las Partes a cooperar para celebrar acuerdos, conforme a las disposiciones del Convenio y en aplicación de los instrumentos internacionales y regionales pertinentes, relativos a la cooperación en materia civil y penal, basados en legislaciones uniformes o recíprocas y en su derecho interno, en la medida más amplia posible, a los fines de **a** prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia incluidas, **b** proteger y asistir a las víctimas, **c** llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con los delitos



establecidos, y **d** aplicar las sentencias civiles y penales pertinentes dictadas por las autoridades judiciales de las Partes, incluidas las órdenes de protección.

XI. EL GRUPO DE EXPERTOS EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

El Capítulo IX del Convenio de Estambul, sobre “mecanismo de seguimiento”, comprensivo de los artículos 66 a 70, regula el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO), que es, precisamente, uno de los objetivos del Convenio de Estambul –según se deriva de la letra de su mismo artículo 1–.

El GREVIO estará compuesto por 10 miembros como mínimo y un máximo de 15 miembros, debiendo tomarse en consideración una participación equilibrada entre mujeres y hombres y una distribución geográficamente equilibrada, así como la participación multidisciplinaria de expertos. Sus miembros serán elegidos por el Comité de las Partes entre los candidatos designados por las Partes, por un mandato de cuatro años, prorrogables una sola vez, y de entre los nacionales de las Partes. La elección de los miembros del GREVIO se basará en los principios siguientes: **a** serán elegidos conforme a un procedimiento transparente de entre personalidades de alta moralidad conocidas por su competencia en materia de derechos humanos, igualdad entre mujeres y hombres, violencia contra la mujer y violencia doméstica, o en asistencia y protección a las víctimas, o que tengan una experiencia profesional reconocida en los ámbitos incluidos en el Convenio de Estambul; **b** el GREVIO no podrá incluir más de un nacional del mismo Estado; **c** deberían representar a los principales sistemas jurídicos; **d** deberían representar a los actores e instancias pertinentes en el ámbito de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; y **e** participarán en concepto individual, siendo independientes e imparciales en el ejercicio de sus mandatos y estando disponibles para desempeñar sus funciones de manera efec-

tiva. Por lo demás, el Comité de las Partes estará compuesto por representantes de las Partes en el Convenio, será convocado por el Secretario General del Consejo de Europa y su primera reunión se celebrará en un año a partir de la entrada en vigor del Convenio para elegir a los miembros del GREVIO.

El GREVIO se encarga de examinar, juntamente con los representantes de la Parte de que se trate, los informes sobre las medidas de tipo legislativo y de otro tipo que hagan efectivas las disposiciones del Convenio de Estambul, y que las Partes presentarán al Secretario General del Consejo de Europa, basándose en un cuestionario preparado por el GREVIO. El Convenio de Estambul detalla el procedimiento a seguir.

El GREVIO podrá asimismo adoptar, cuando proceda, recomendaciones generales sobre la aplicación del Convenio de Estambul.

Las Partes someterán los informes del GREVIO a sus parlamentos nacionales, los cuales, además, quedan invitados a participar en el seguimiento de las medidas adoptadas para la aplicación del Convenio. También se invita a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a hacer balance, con regularidad, de la aplicación del Convenio de Estambul.

XII. DISPOSICIONES TÉCNICAS

Los tres últimos Capítulos del Convenio de Estambul contienen una serie de disposiciones técnicas, habituales en los convenios internacionales, que no presentan mayor interés desde la perspectiva de la materia regulada, y de las que simplemente daremos cuenta: el X, que comprende el artículo 71, se titula y regula la “relación con otros instrumentos internacionales”; el XI, que comprende el artículo 72, se titula y regula las “enmiendas al Convenio”; y el XII, que comprende los artículos 73 a 81, se titula “cláusulas finales”, y regula los efectos del Convenio, la solución de controversias, la firma y su entrada en vigor, la adhesión al Convenio, su aplicación territorial, las reservas, las denuncias y las notificaciones.

Fecha de recepción: 14/9/2014. Fecha de aceptación: 13/11/2014.

Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de Género¹ (de 1/9/2013 a 31/8/2014)

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ABOQUALITAS 2014 (n° 35), pp. 16-24, ISSN: 1575-3379

JEAN JACQMAIN.

Profesor Jubilado de
la Universidad Libre de Bruselas.
Traducción de José Fernando
Lousada Arochena.

CHRONICLE OF THE EUROPEAN CASE
LAW ON GENDER EQUALITY
(FROM 1/9/2013 TO 31/8/2014)



RESUMEN

El estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres desde el 1 de septiembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2014 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También incluye sentencias y decisiones emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y un apéndice sobre la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión de Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

ABSTRACT

This paper deals with the analysis of judgments related to the principle of equal treatment and opportunities between women and men delivered from September 1, 2013 until August 31, 2014 by the Court of Justice of the European Union. It also includes judgments and decisions on the subject issued by the European Court of Human Rights.

Keywords: Court of Justice of the European Union. European Court of Human Rights. Principle of equal treatment and opportunities between women and men.

En el ámbito legislativo no hay nada nuevo a destacar. La propuesta de la Comisión Europea para mejorar el equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas en bolsa (COM (2012) 614 final), adoptada el 20 de noviembre 2013 por una amplia mayoría en el Parlamento Europeo, será revisada próximamente por un grupo de trabajo del Consejo. En cuanto a la propuesta (COM (2008) 635 final) de revisión de la Directiva 92/85/CEE, relativa a la protección de la maternidad de las trabajadoras, es víctima de obstrucciones debidas a posiciones radicalmente opuestas, si bien los rumores de su retirada son de todos modos prematuros.

En el ámbito judicial, la navegación sin tregua entre Luxemburgo (sede del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y Estrasburgo (sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) es indispensable. Observamos la notable importancia que, en las sentencias de ambos tribunales durante el periodo analizado, han adquirido los permisos relacionados con la vida familiar.

1. LA IGUALDAD EN LA RETRIBUCIÓN Y EN LOS RÉGIMENES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Sentencia TJUE de 17.7.2014, M. y B. Leone, C-173/13.

Sigmund Freud quizás nos absolvería: un nuevo caso de Francia ante el Tribunal de Justicia es un verdadero retorno

a lo reprimido en más de una dimensión. Interminablemente lenta ha sido la República en la corrección de los planes de pensiones de sus funcionarios públicos que la Corte había considerado constitutivos de una discriminación directa contra los hombres a los ojos de los artículos 119/CEE o 141/CE². El dispositivo actual proporciona a los funcionarios de ambos sexos (y no solo a las mujeres) la posibilidad de la jubilación anticipada, junto con una bonificación de antigüedad sometida a varias condiciones, y en particular la de haber criado al menos tres hijos por cada uno de los cuales la persona interesada debe haber interrumpido sus servicios durante al menos dos meses al amparo de ciertos permisos, entre ellos el de maternidad. Tras la implementación de estas innovaciones se planteó una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, que constató una violación del derecho a un juicio justo (reconocido en el artículo 6.1 del CEDH) al tratarse de una intervención legislativa con efectos retroactivos³.

Mientras tanto, muchos funcionarios del sexo masculino habían en vano solicitado el beneficio de este régimen ventajoso argumentando que era una discriminación de género, esta vez indirecta. Ellos demandaron ante el Tribunal Administrativo de Saint-Denis de la Reunión reclamando indemnización por los daños sufridos, y en uno de esos casos, el Tribunal planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, y aunque ya el Abogado General N. Jääskinen había presentado sus alegaciones, el caso fue retirado por el Tribunal remitente de Saint-Denis⁴.

1

El texto original en francés se publica en *Journal de Droit Européen*, noviembre de 2014. La crónica comprende sentencias y decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Previamente se acomete un breve análisis de las novedades a nivel legislativo.

2

STJUE de 29.11.2001, Caso Griesmar, C-366/99, y STJUE de 13.12.2001, Caso Mouflin, C-206/00.

3

STEDH de 11.2.2010, Caso Javaugue vs Francia, Req. N° 39730/06.

4

Tal retirada se admite en orden de 28.3.2012 del TJUE. Véase el comentario al Caso Amedee, C-572/10, en nuestra "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2011 a 31/8/2012)", *AEQUALITAS: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, número 31, 2012.



Pero la cuestión retorna: en idénticas circunstancias, otro funcionario, acompañado de su esposa (que invoca el perjuicio personal que sufriría, en caso de fallecimiento de su marido, en el cálculo de la pensión de supervivencia), exige una reparación y el Tribunal Administrativo de Apelación de Lyon pregunta también al Tribunal de Justicia. El mismo Abogado General se remite a sus conclusiones anteriores, que estimaban que la normativa francesa era conforme al Derecho de la Unión. Pero la Corte no las sigue. En el Caso M. y B. Leone admite la posibilidad de una discriminación indirecta considerando que un porcentaje más elevado de mujeres que de hombres pueden cumplir las condiciones para la jubilación anticipada, bajo la reserva de justificación de un interés social legítimo que la medida impugnada debe atender efectivamente, a examinar por la jurisdicción nacional. En cuanto a la invocación de una acción positiva, admitida por el artículo 141.4 CE (157.4 del TFUE), el Tribunal no ve en qué medida la anticipación de la jubilación ayudaría a los interesados/as a superar las dificultades existentes a lo largo de la carrera profesional.

2. LA IGUALDAD EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

2.1

Sentencia TJUE de 12.9.2013, Kuso, C-614/11.

Una vez más, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo) austriaco ha interrogado al Tribunal de Justicia en relación con las condiciones para la terminación de la relación laboral determinadas por la edad legal de jubilación, que es diferente para los hombres y para las mujeres. Empleada por un organismo público, la Cámara Regional de Agricultura del Land de la Baja Austria, una trabajadora había aceptado en 1980 pasar de un contrato por tiempo indefinido a la situación de “trabajador que no puede ser despedido” según un contrato tipo establecido

por su empleadora y que constituía un contrato de duración determinada en el cual el término se correspondía con el límite de edad de acceso a la pensión legal (60 años para las mujeres, 65 años para los hombres). La Cámara Regional aplicó estas disposiciones contractuales para negar a la solicitante el mantenimiento del contrato que ella solicitó en 2008, y es de esa negativa de donde surge la controversia.

La Corte, en el Caso Kuso, de entrada refuta el argumento relativo a las expectativas legítimas del empleador. Recuerda que un contrato de duración determinada suscrito mientras el Estado en cuestión no formaba parte de la Unión Europea, sigue produciendo sus efectos, pero estos pueden verse afectados por las normas europeas (en este caso, la Directiva 76/207/CEE, en vigor en el momento de la ruptura de la relación laboral⁵).

A continuación, el Tribunal se adhiere al análisis de los hechos que ofrecieron la trabajadora y la Comisión. Considerando este caso diferente al abordado en la STJUE de 4.10.2001, Caso Jiménez Melgar, C-438/99, aunque sin explicar por qué, la Corte concluye que no ha habido una negativa a celebrar un nuevo contrato, sino un despido. La continuación se presenta lógica: en atención a una constante jurisprudencia (en particular, véase la STJUE de 26.2.1986, Caso Marshall I, 152/84), el artículo 3.1.c) de la Directiva 76/207/CEE (actual artículo 14.1.c) de la Directiva 2006/54/CE) significa que las disposiciones impugnadas, aplicadas después de la adhesión de Austria a la Unión Europea, constituyen una discriminación directa, basada en el sexo, en relación con las condiciones de trabajo.

2.2

Sentencia TEDH de 10.12.2013,

Tanbay Tüten vs Turquía, Req. n° 38249/09. Siguiendo con el tema del Código Civil turco, que exige que las mujeres casadas a usar el

nombre de su cónyuge, incluso para un negocio que ya se realizan antes de la boda, el Tribunal de Estrasburgo ha encontrado una vez más la violación del artículo 14 combinada con el 8 del Convenio, con cita al anterior Caso Ünal Tekeli vs Turquía (2004), pero sin mencionar la reciente Sentencia Leventoglu Abdulkadiroglu vs Turquía⁶.

3. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

3.1

Sentencia TJUE de 19.9.2013, Betriu Montull, C-5/12.

La Corte ha examinado una situación española que, por lo demás, recibió una solución razonable posteriormente a los hechos del caso.

El artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores dispone, en caso de embarazo, el derecho a una licencia de maternidad de 16 semanas, pudiendo la madre transferir al padre un máximo de 10 semanas. Durante la licencia, la Ley General de la Seguridad Social, que se remite al Estatuto, concede un subsidio de maternidad. También la Ley General reconoce el subsidio a los autónomos. Dicho sea de paso, el régimen es más simple en el caso de adopción, pues ambos padres pueden compartir el permiso si lo desean.

Un empleado solicitó la prestación de maternidad al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que se lo niega porque la madre del niño, que ejerce la profesión de procuradora,

5

La decisión negativa fue notificada a la trabajadora el 25.7.2008; y la Directiva 2006/54/CE, refundidora, es de 5.7.2006, pero solo desde el 15.8.2009 deroga las Directivas que refunde, entre ellas la 76/207/CEE.

6

Sentencia de 28.5.2013, Caso Leventoglu vs Turquía, Req. n° 7971/07, comentada en nuestra “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2012 a 31/8/2013)”, AEQUALITAS: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, número 33, 2013.



no está dentro del ámbito del Estatuto de los Trabajadores ni de la Ley General de la Seguridad Social (a la que tienen acceso los trabajadores autónomos), sino de una mutualidad de los procuradores a la que decidió (voluntariamente, pues podía optar por afiliarse al régimen de autónomos) adherirse en razón de la moderación de las cotizaciones.

A consecuencia del litigio, el Juzgado de lo Social de Lleida pregunta al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de un sistema de este tipo con las directrices aplicables en el momento de los hechos contenidas en las Directivas 76/207/CEE y 96/34/CE (permiso parental). Parece evidente que el órgano jurisdiccional remitente considera, en primer lugar, que si bien el conflicto se refiere a una prestación de Seguridad Social, su raíz está en las normativas de las leyes laborales, y en segundo lugar que estas constituyen una ejecución cuestionable del Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental.

En respuesta, la Corte desestima este último análisis y, en cambio, se basa en la Directiva 92/85/CEE (protección de la maternidad). Citando sin dudar la Sentencia Hofmann (STJUE de 12.7.1984,

184/83) y rechazando la conclusión propuesta por el Abogado General M. Wathelet, la Corte afirma que el régimen en cuestión, que cae dentro de la licencia por maternidad y, por tanto, del ámbito de las Directivas 92/85/CEE y 76/207/CEE, no se opone al diferente tratamiento sufrido por el padre trabajador dependiendo de si la madre del niño está o no está sujeta al Estatuto y a la Ley General.

Hace cuatro años, el Tribunal de Justicia había decidido en un sentido exactamente contrario en el Caso Roca Álvarez (STJUE de 30.9.2010, C-104/09), un caso de apariencia muy similar. Se trataba de un permiso de lactancia, si bien en el derecho español las pausas para lactancia se capitalizan como días de descanso y son independientes del modo de alimentación infantil, de ahí que, por ello, están abiertas al padre. Así las cosas, el propio nombre del permiso deviene incoherente, tratándose de un permiso hoy accesible tanto al padre como a la madre, mientras que en Betriu Montull se trata de un permiso ligado a la maternidad que la Directiva 92/85/CEE reserva a la madre, pero no parece que esté prohibida su transferencia al padre, a lo menos en lo que refiere a su parte facultativa.

Aún así, en 2007, la Ley Orgánica “para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres” (la cursiva es nuestra) completó el artículo 48.4 del Estatuto para permitir que el otro progenitor pueda utilizar la licencia de maternidad si la madre no puede invocar este derecho debido a su estatus profesional. En consecuencia, el otro progenitor puede ahora también reclamar el subsidio, que no cuestiona el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

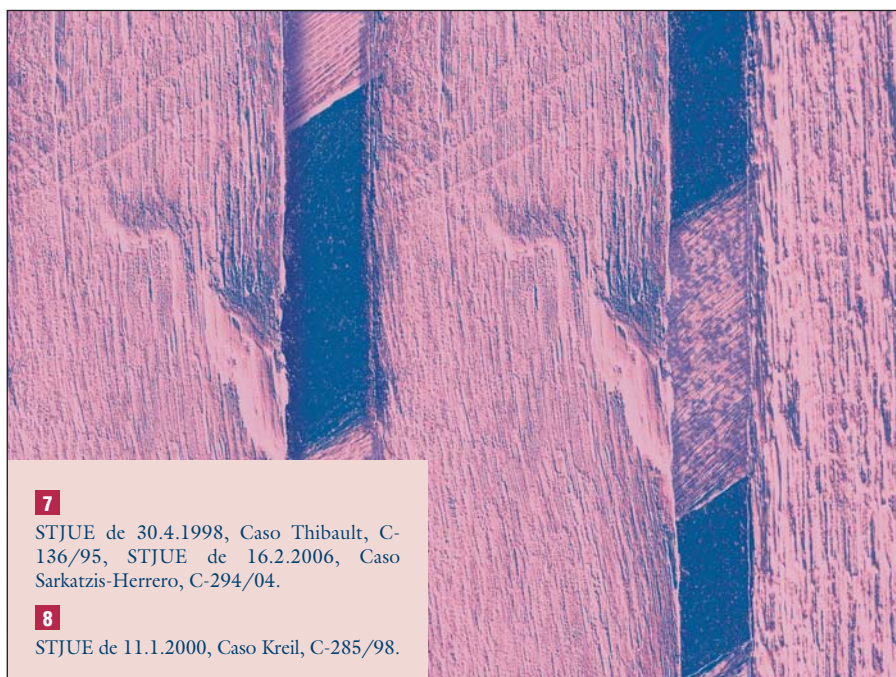
3.2

Sentencia TJUE de 6.3.2014, Napoli, C-595/12.

En Italia, la nominación para el rango de comisario adjunto de la policía penitenciaria requiere una pasantía de un año, durante la cual se sigue una formación teórica y práctica sancionada por un examen. Toda ausencia de más de 30 días da lugar a la exclusión del curso y el reenvío al siguiente; entre tanto, la persona interesada está privada de la paga. La aplicación de estas disposiciones a una estudiante ausente debido a la licencia de maternidad ha desatado una controversia en el curso de la cual el Tribunal Administrativo del Lazio dirigió cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Teniendo en cuenta su previa jurisprudencia⁷, la respuesta resulta una consecuencia inevitable, y más aún porque la Directiva 2006/54/CE contiene una norma de la que carecía la 76/207/CEE: el artículo 15 garantiza a la trabajadora, al retornar de su licencia de maternidad, el reintegro a su empleo en unas condiciones de trabajo que no pueden ser menos favorables que las que ella estaba disfrutando cuando lo abandonó.

Sin embargo, el Gobierno italiano intentó defender las disposiciones cuestionadas argumentando que el acceso a la función en cuestión requiere la asistencia al entero curso de formación. Dada la naturaleza de esta función, surge de inmediato la reserva relativa a la seguridad nacional. Citando un precedente cuestionable⁸,



7

STJUE de 30.4.1998, Caso Thibault, C-136/95, STJUE de 16.2.2006, Caso Sarkatzis-Herrero, C-294/04.

8

STJUE de 11.1.2000, Caso Kreil, C-285/98.



el Tribunal de Justicia replica que el uso de esta reserva para derogar un derecho fundamental (igualdad de género) solo puede ejercerse de acuerdo al principio de proporcionalidad, y es así como la Corte bucea en un ejercicio que solo se debería aplicar en presencia de una discriminación indirecta (y no en la directa como es el caso). La Corte replica también que la aplicación de la norma impugnada debe tener en cuenta la importancia de la formación ya adquirida en el momento de iniciar el permiso de maternidad, y que con la introducción de cursos de recuperación se lograría el objetivo deseado sin penalizar la maternidad. En otras palabras, la Corte está argumentando en términos de ajustes razonables, eso sí sin utilizar en su argumentación esas palabras tabú, que sí se utilizan en el ámbito de la discriminación por discapacidad (de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, que es una norma sin parangón en las directivas sobre igualdad de género).

La Corte concluye así que el artículo 15 de la Directiva 2006/54/CE, se opone a la disposición impugnada. Por lo demás, la Corte descarta la invocación de la excepción contemplada en el artículo 14.2 de la Directiva, ya que, obviamente, el sexo (masculino) no es un factor determinante para el desempeño del empleo de que se trata. Por último, como se trata de un empleador público, el Tribunal de Justicia confirma que los artículos 14.1.c) (prohibición de la discriminación en las condiciones de trabajo) y 15 de la Directiva cumplen criterios que permiten aplicar el efecto directo vertical.

3.3

Sentencias TJUE de 18.3.2014, C. D., C-167/12, y Z., C-363/12.

Entrando por primera vez en la cuestión relativamente reciente de la gestación por sustitución, la Gran Sala del TJUE se pronunció en el mismo día sobre dos casos. Los datos de cada uno de los casos merecen atención.

1º En Gran Bretaña, la ley permite y reconoce el acuerdo de gestación por sustitución. Empleada en un hospital público, una enfermera partera había celebrado ese acuerdo con una madre de gestación a la que se había implantado un óvulo fertilizado con el esperma del compañero de la trabajadora, pero que no provenía de ella. Inmediatamente después del parto, la demandante había iniciado la lactancia del bebé (lo que parece indicar que fue objeto de un tratamiento farmacológico para este propósito). Muy rápidamente, se atribuyó a la trabajadora y a su compañero la patria potestad sobre el niño. El derecho de la solicitante a un permiso de maternidad pagado por su empleador, fue objeto de una controversia judicial en la que el Employment Tribunal interroga a la Corte de Justicia.

En el Caso C. D. se cita como clave de la problemática en el estado actual del Derecho de la Unión el Caso Mayr (STJUE de 26.2.2008, C-506/06), donde la Corte había dicho, acerca de la fecundación in vitro, que la aplicación de la Directiva 92/85/CEE exigía la existencia de embarazo, es decir, que el óvulo fecundado se hubiera implantado en la trabajadora en cuestión. Del mismo modo, el derecho a la licencia de maternidad supone que ha habido un parto, lo que, en el caso británico, descarta el uso de esta Directiva. Al parecer influenciada por la naturaleza jurídica del acuerdo de gestación por sustitución, la Abogada General J. Kokott concluía, por el contrario, que era preciso conceder el permiso de maternidad, si bien deduciendo de la duración de ese permiso el periodo que eventualmente hubiera disfrutado la madre sustituta con respecto a su propio empleador.

La demandante también mencionó la posibilidad de discriminación de género en el sentido de la Directiva 2006/54/CE, y en la consideración de este aspecto, la Corte se adentra en Alicia en el País de las Maravillas. De hecho, elimina la

presunción de la discriminación directa e indirecta mediante la afirmación de que, en tales circunstancias, no más que una mujer, un hombre no habría tenido derecho a una licencia por maternidad...

2º El Caso Z. resulta aún más complejo. En Irlanda, donde la legislación ignora el acuerdo de gestación por sustitución, una profesora de una escuela pública y su esposo habían acudido en los Estados Unidos a los servicios de una madre de alquiler que había recibido un óvulo de aquella fecundado por un espermatozoide de éste, ya que debido a una enfermedad poco frecuente, la interesada no tenía útero. Su empleador se negó a conceder la licencia de maternidad o de adopción, y el Equality Tribunal reenvía la cuestión al Tribunal de Justicia, no solo en cuanto a la incidencia de la Directiva 92/85/CEE, también en cuanto a la Directiva 2006/54/CE.

Continuando su viaje a través del espejo, la Corte reiteró su sentencia anterior en cuanto a la apreciación de no discriminación en materia de licencia de maternidad. También observa que el derecho a la licencia por adopción no entra en la Directiva 2006/54/CE, pues su artículo 16 deja a los Estados miembros la libertad de establecerla. En todo caso, como el certificado de nacimiento californiano designa a la demandante y su marido como los padres del niño, no estaba claro cómo podían pretender adoptar.

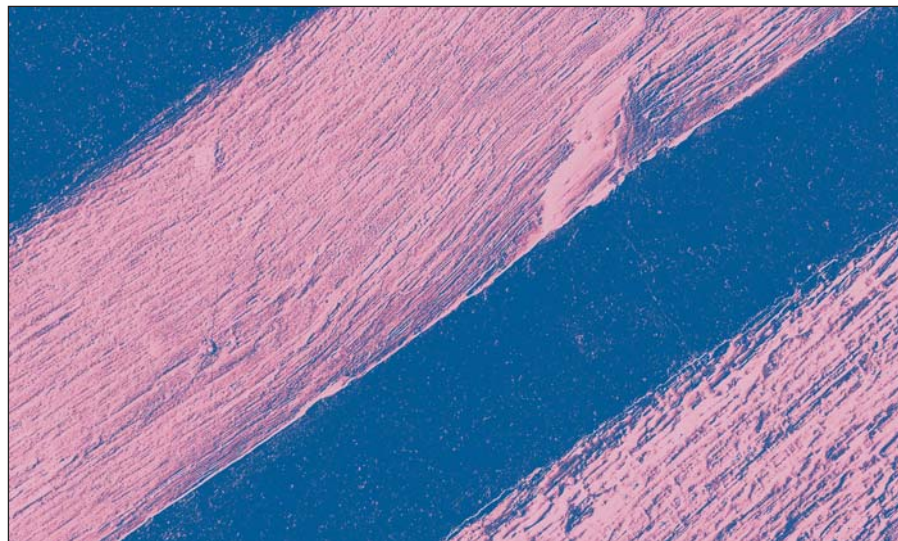
La trabajadora también había hecho referencia a la Directiva 2000/78/CE, que prohíbe la discriminación basada en la discapacidad. Desde esta perspectiva, el Tribunal confirmó el paso que dio en los Casos acumulados Ring y Skouboe Werge (STJUE de 11.4.2013, C-335/11 y C-337/11): al adherirse la Unión Europea (Decisión del Consejo 2010/48/CE) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), la Corte ha tenido que ampliar el concepto de discapacidad,

en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, que había ofrecido en decisiones anteriores. Sin embargo, la afección ciertamente grave, permanente y muy dolorosa que afecta a la demandante no se opone a su participación en la vida laboral, por lo que no cabe la hipótesis de discriminación vis-à-vis con otros trabajadores. Por otra parte, el Tribunal suscribe las conclusiones del Abogado General N. Wahl para considerar que el Convenio es programático, por lo que no resulta cuestionable la validez de la Directiva.

3º Como post-scriptum a este último caso, hay dos **Sentencias de 26 de junio 2014 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Mennesson vs Francia, Req. nº 65192/11, y Labassée vs Francia, Req. nº 65941/11)**, en relación con unos padres que no habían podido inscribir en Francia los certificados de nacimiento, librados en los Estados Unidos, de sus hijos procreados por madres portadoras. El Tribunal de Estrasburgo sostiene que, en virtud del artículo 8 del CEDH, no se viola el derecho de los padres a su vida familiar, pero sí el de los niños a su vida privada...

3.4
Sentencia TJUE de 19.6.2014, Saint Prix, C-507/12.

Aunque nos causa sorpresa (¿con ingenuidad?) que aún puedan surgir litigios sobre la cuestión, debemos alegrarnos de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en un asunto de libre circulación. Una francesa ejerce en el Reino Unido la profesión de profesora maternal; embarazada, debió interrumpir sus actividades debido a la fatiga excesiva tres meses antes de la fecha prevista para el parto, y tres meses después de este (que fue prematuro), reanudó su tarea. Tras la interrupción, la trabajadora solicitó la concesión de una prestación de Seguridad Social (llamada “income support”) en vano. En el caso de ciudadanos no británicos, la legislación impone de hecho la condi-



ción de “ser un trabajador asalariado en el sentido de la Directiva 2004/38/CE” (en relación con la libre circulación de ciudadanos de la Unión), pero (y ello aunque la prestación solicitada era especialmente destinada para las mujeres en licencia pre y post-natal...) las autoridades consideraron que no cumplía esa condición. En la controversia que siguió, el asunto llegó hasta la Supreme Court, que preguntó al Tribunal de Justicia.

Al parecer, las instituciones británicas hacían una interpretación literal del artículo 7 de la Directiva, cuyo párrafo 1, letra a), reconoce el derecho de permanecer más de tres meses en otro Estado miembro a una persona ocupada, mientras su párrafo 3 mantiene esta cualidad a una persona que haya dejado de ejercer su actividad en cuatro casos entre los cuales no se incluye la licencia de maternidad. En su Sentencia, la Corte desestima esta lectura, que llevaría a la Directiva a entrar en contradicción con el artículo 45 del TFUE (libre circulación de los trabajadores) y con la necesidad de proteger la maternidad. Llega a la conclusión de que el artículo 45 TFUE se debe interpretar en el sentido de que una mujer que interrumpe su trabajo “debido a las limitaciones físicas ligadas a las etapas finales del embarazo y a las siguientes al parto” mantiene la calidad de trabajador siempre que vuelva a su actividad o encuentre

otro trabajo en un plazo “razonable” de tiempo después del parto. La Corte no definió ese adjetivo, pero se supone que aprueba las conclusiones del Abogado General N. Wahl, que se refiere a la duración de la licencia posnatal prevista por la legislación nacional.

3.5
Decisión TEDH de 24.6.2014, Bečaj vs Albania, Req. nº 1542/13.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró inadmisibles las demandas de una diplomática albanesa. El Ministerio de Asuntos Exteriores había puesto fin a su destino en la Misión Permanente del Estado ante la OSCE inmediatamente después del término de su licencia de maternidad. El conflicto resultante, con fundamento en el Código de Trabajo, se encontraba todavía pendiente ante la Corte Suprema, por lo que los recursos internos estaban claramente no agotados. Sin embargo, después de un año, el Ministerio había vuelto a contratar a la demandante en otra misión diplomática, insistiendo en que ella desistiera de la demanda ante el Tribunal Europeo. Así las cosas, se debía examinar si se había producido una violación del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; la Corte concluye, muy pragmática, que el gobierno albanés no había hecho uso de la amenaza en apoyo de su solicitud, y rechaza esta queja también.

3.6

Sentencias TEDH de 15.4.2014, *Radu vs Moldavia*, Req. n° 50073/07, y de 29.4.2014, *L.H. vs Letonia*, Req. n° 52019/07.

Atendiendo a los hechos del litigio, es oportuno aludir, bajo el presente epígrafe, a dos casos relacionados con la maternidad ante el Tribunal de Estrasburgo.

1º En Moldavia, una profesora de la academia de policía se encontraba en un conflicto laboral con su empleadora cuando se ausentó debido a una incapacidad para el trabajo; el certificado médico mencionaba una hospitalización debida a un riesgo de aborto involuntario. La dirección de la academia exigió al hospital una

información detallada que le fue proporcionada, incluyendo protocolos de análisis, y así se enteró de que estaba embarazada de gemelos después de un tratamiento de reproducción asistida, y que había sido objeto de un aborto espontáneo atribuido al estrés.

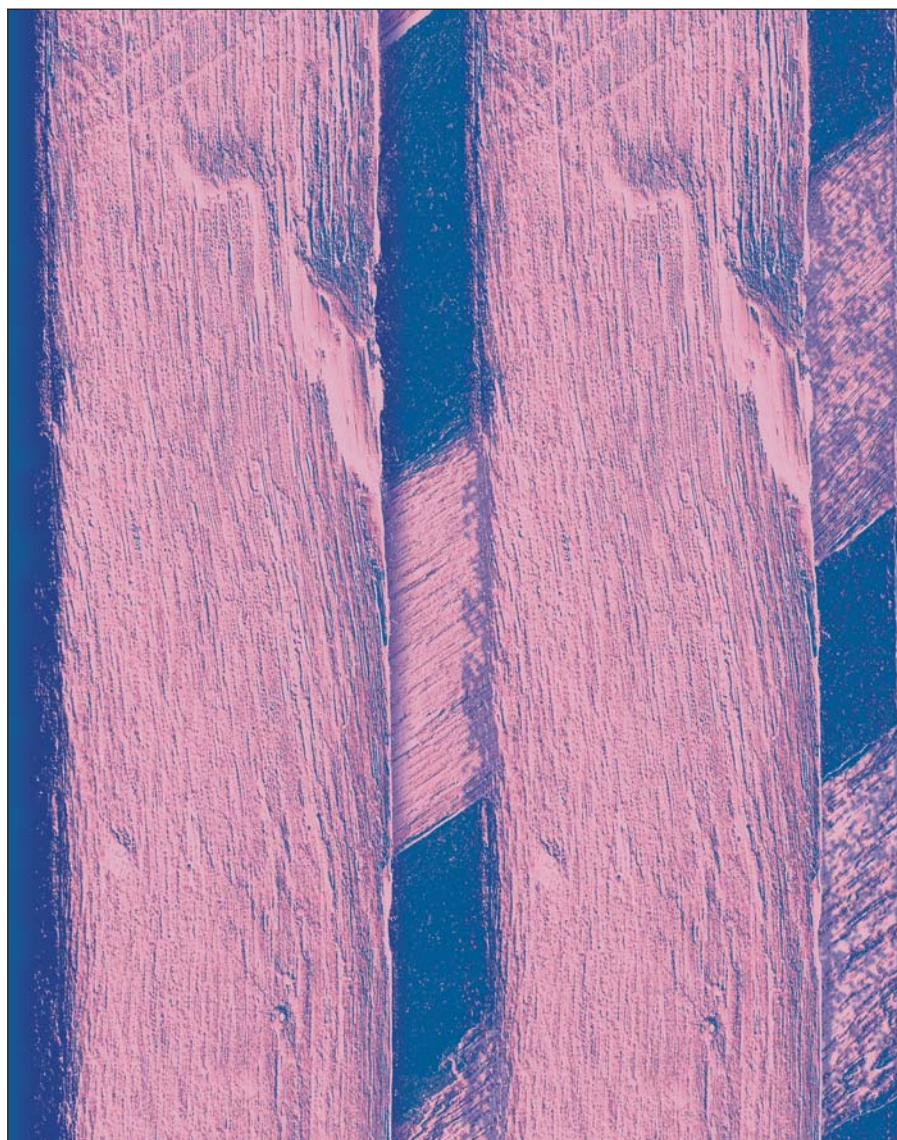
La profesora inició contra el hospital y la academia una reclamación de daños y perjuicios por violación de su derecho a la intimidad garantizado por la legislación. Rechazada la demanda en primera instancia, la apelación fue estimada a favor de la demandante, pero, en respuesta al recurso del hospital, la Corte Suprema declaró sin motivación que la comunicación de la información se ajustaba a la ley, por lo que la demanda fue rechazada.

Al examinar la demanda de la profesora, el Tribunal Europeo constata con seriedad que el fallo de la Corte Suprema de Moldavia no constituye una injerencia “prevista por la ley” y apreció la violación del derecho de la trabajadora al respeto de su vida privada (artículo 8 del Convenio Europeo). Se le concedieron a la demandante 4.500 euros en concepto de daño moral.

2º En Letonia, un parto difícil había impuesto el uso de la cesárea, pero el cirujano aprovechó (si se puede decir así) para esterilizar a la parturienta sin su consentimiento. Después de un intento de arreglo extrajudicial que parece haber durado mucho tiempo, la demandante inició contra el hospital, ocho años después de los acontecimientos, el proceso civil dirigido a obtener una indemnización aparentemente adecuada. Este aspecto del caso evoca, por desgracia, el escandaloso caso de la clínica de Eslovaquia donde mujeres románicas que fueron a dar a luz acabaron esterilizadas (Sentencia del TEDH de 13.11.2012, Caso I.G., M.K. y R.H. vs Eslovaquia, Req. n° 15966/04), pero la semejanza parece fortuita.

Durante el litigio civil de reparación, el hospital demandado se dirigió a la entidad pública responsable de controlar la calidad de los servicios de salud, que no dudó en proporcionar el historial médico de la demandante, obtenido de tres establecimientos, ni en emitir un informe con la opinión de que ninguna responsabilidad era atribuible al hospital. Incluso un oficial de la entidad pública había telefonado a la demandante reprochándole por haber demandado al hospital cuando ella había causado la esterilización.

Con base en estos hechos, se reclama ante la jurisdicción administrativa la cancelación del informe del organismo de control. Este segundo procedimiento fue a la Corte Suprema, la que decidió que el regulador no estaba fuera de sus poderes, ni violó la ley sobre la privacidad, ni la





ley relativa a la protección de datos, ya que tanto una como otra ley admiten el tratamiento de los datos personales con fundamento en el interés público.

A petición de la víctima, el Tribunal Europeo rechaza sin dudar que la recopilación de información de hace ocho años o más se pueda utilizar para proteger la salud pública. La injerencia en la vida privada, por lo tanto, no se justifica en virtud del artículo 8.2 del Convenio Europeo. El Tribunal de Estrasburgo concedió a la víctima 11.000 euros en concepto de daño moral.

4. PERMISO DE ADOPCIÓN

4.1

Sentencia TEDH de 14.11.2013, Topčić-Rosenberg vs Croacia, Req. nº 19391/11.

Un caso curioso ha llevado a una demandante croata ante la Corte de Estrasburgo. En el momento de los hechos, las leyes aplicables a los trabajadores por cuenta ajena otorgaban, en caso de adopción de un menor de un año, el mismo permiso y prestación social que en caso de nacimiento, con derechos más reducidos si tenía entre uno y doce años. Se establecían derechos equivalentes para los trabajadores autónomos si el adoptado era menor de un año, pero nada se decía si tenía entre uno y doce años. Una trabajadora autónoma que había adoptado a un niño de tres años, tras agotar sin éxito los recursos internos para reclamar los derechos concedidos a los trabajadores por cuenta ajena, demandó ante el Tribunal Europeo argumentando la violación de los artículos 8 y 14 del Convenio.

9

En la STEDH de 7.10.2010, Caso Markin vs Rusia, Req. nº 30078/06, se fijó una de 3.000 euros. Véase nuestra “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, AEQUALITAS: *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, número 29, 2011.

Mientras tanto, la legislación croata fue objeto de modificaciones en el sentido de que la demandante pretendía, pero la trabajadora no podía beneficiarse de la innovación. En compensación, el Gobierno le ofreció una indemnización, pero la trabajadora consideró esa compensación como claramente insuficiente, de ahí que persistió en su recurso ante el Tribunal.

El Tribunal Europeo rechazó la solicitud de cancelación (artículo 37 del CEDH) que formuló el Gobierno croata. Se acoge la demanda por violación combinada de los artículos 8 y 14 del CEDH, pero el examen de esta disposición sorprende. Sabemos que la Corte tiene hoy una interpretación muy amplia de los criterios que pueden dar lugar a discriminaciones en el sentido del artículo 14. Sin embargo, no se detiene en el aspecto que creemos más obvio (la diferencia de trato entre trabajadores por cuenta ajena y propia), sino en que, independientemente de la edad del niño, un permiso por adopción tiene la misma función familiar que un permiso post natal, así que la diferencia hecha entre las madres adoptiva y biológica, la Corte la considera carente de justificación.

Por una mayoría de cuatro votos contra tres, la Corte consideró una violación de los artículos 8 y 14 y concedió a la demandante una indemnización (7.000 euros en concepto de daño moral) inferior a la que quería, pero muy superior a la ofrecida por el Gobierno. La minoría disidente considera esta cantidad extravagante en comparación con recientes decisiones de la Corte⁹, y cree no había motivos para abrir la caja.

5. EL PERMISO PARENTAL

5.1

Sentencia TJUE de 19.9.2013, Hliddal y Bornand, C-216/12 y C-217/12.

Una cuestión planteada por la Cour de Cassation de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia no tiene di-

mensión de género, pero ilumina un aspecto de las relaciones entre ciertas normas de la UE que afectan de diversas maneras a los Estados miembros. Dos pilotos de líneas aéreas (una mujer, un hombre), de nacionalidad suiza y domiciliados en Suiza, pero ocupados por una sociedad luxemburguesa, no pudieron obtener una indemnización por permiso parental otorgada por la Caja Nacional de prestaciones familiares del Gran Ducado. La legislación luxemburguesa prevé el derecho a un tal permiso (seis meses a tiempo completo, un año a tiempo parcial, en el régimen de base) indemnizado por la Caja. Pero el acceso a la prestación requiere que el interesado/a, o esté domiciliado/a o resida en el Gran Ducado, o entre en el ámbito de la normativa de la Unión.

El Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y Suiza sobre la libre circulación de personas, tiene por objeto proteger los derechos de los migrantes a la Seguridad Social, de conformidad con diversos instrumentos comunitarios; su Anexo II incluye el Reglamento 1408/71/CEE, aplicable en el momento de los hechos (ahora sería el 883/2004/CE). Por contra, el régimen luxemburgués se ha instituido para trasponer el Acuerdo Marco Europeo que fue objeto de la Directiva 96/34/CE (entonces en vigor), que no estaba incluida en dicho Anexo II.

A pesar de esto último, el Tribunal de Justicia declara que la indemnización discutida no constituye una retribución en el sentido del artículo 157 TFUE, sino una disposición de un sistema legal de Seguridad Social, por lo tanto, incluido en los artículos 1.u) e i), y 4.1.h) del Reglamento 1408/71/CEE.

5.2

Sentencia TJUE de 27.2.2014, Rogiers, C-588/12.

En el Caso Meerts (STJUE de 22.10.2009, C-116/08), el Tribunal de Justicia fue preguntado por la



Cour de Cassation de Bélgica acerca de la cláusula 2 del inicial Acuerdo Marco Europeo sobre Permiso Parental (Directiva 96/34/CE). El litigio de base se refería al cálculo de la indemnización por falta de preaviso cuando un empleador despidió a una trabajadora a tiempo completo mientras estaba usando un permiso parental a tiempo parcial. El Tribunal de Justicia dictaminó que, atendiendo a la intención del Acuerdo Marco (cláusula 2, puntos 6 y 7), la base de cálculo a considerar debe considerar la remuneración a tiempo completo y no la a tiempo parcial.

Sin embargo, la Cour de Cassation no había extendido su pregunta al cálculo de la indemnización por despido (equivalente a seis meses de salario) que es debida si el empleador pone fin al contrato sin que pueda demostrar que su decisión no tiene nada que ver con la ausencia. Con ocasión de un litigio semejante, la Cour du Travail de Amberes presentó este segundo aspecto ante el Tribunal de Luxemburgo. Lógicamente, este respondió que fundar el cálculo de las indemnizaciones debidas sobre la remuneración a tiempo parcial no satisface el punto 4) de la cláusula 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre el Permiso Parental a la luz del punto 6).

5.3

Sentencia TJUE de 13.2.2014, Kutarinta y Novamo¹⁰, C-512/11 y C-513/11.

Hace siete años, la Corte examinó los efectos de un convenio colectivo de trabajo de los servicios públicos finlandeses que establecía un permiso parental de manera tan rígida que una funcionaria no había podido interrumpirlo para acceder a la licencia de maternidad derivada de un nuevo embarazo. La STJUE de 20.9.2007, Kiiski, C-116/06, resolvió que las Directivas 76/207/CEE y 92/85/CEE se oponían a tal régimen porque hacía incompatibles dos permisos garantizados por el Derecho de la Unión.

La misma cuestión se planteó en Finlandia en dos nuevos procesos, relativos esta vez a convenios colectivos del sector privado según los cuales cuando una trabajadora interrumpe el permiso parental (no remunerado), debe reanudar sus servicios antes de comenzar la licencia de maternidad, de lo contrario no será pagado por el empleador y la interesada solo recibirá una prestación de Seguridad Social. Las controversias que provocaron la aplicación de estas normas llevaron al tribunal laboral a preguntar al TJUE.

Acumulados los dos casos, la Corte, para dar al órgano nacional una respuesta útil (según el artículo 267 del TFUE), reformula las preguntas y toma como punto de partida la Directiva sobre el Permiso Parental, la 96/34/CE en este caso, particularmente con respecto a la salvaguardia de la finalización del permiso. De ahí se concluye que la Directiva 96/34/CE excluye que, a la terminación del permiso parental, una trabajadora no tenga derecho a todas las ventajas que le dan las disposiciones nacionales sobre la licencia de maternidad garantizada por la Directiva 92/85/CEE.

El Tribunal, por tanto, no se refiere a un precedente muy similar en el que se había aplicado el principio de prohibición de la discriminación de género: el Caso Busch (STJUE de 27.2.2003, C-320/01). Tomamos nota con gran interés que, a su vez, la Abogada General J. Kokott, pegándose a la formulación de las cuestiones planteadas por el trabajo finlandés nacional, había concluido con frialdad que los convenios colectivos no violaron la Directiva 2006/54/CE o la Directiva 92/85/CEE.

APÉNDICE: LA PEQUEÑA EUROPA

Hace tres años¹¹ llamamos la atención sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) porque, en la medida en que, a

través del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, las directivas sobre igualdad son aplicables en los Estados parte (Islandia, Liechtenstein, Noruega), ese Tribunal de Justicia analiza, en consecuencia, si están bien traspuestas en esos países y las interpreta.

Durante el periodo analizado, solo hemos encontrado una sentencia de incumplimiento (Sentencia EFTA de 15.11.2013, Autoridad de Vigilancia contra Islandia, E-10/13), de factura muy simple pues el gobierno islandés se había demorado en integrar en su legislación ciertas disposiciones de la Directiva 2006/54/CE refundida, a saber: artículo 2, apartado 1, letras a) a d) (se trata de las definiciones de discriminación directa e indirecta, del acoso relacionado con el sexo y del acoso sexual), y artículo 2, apartado 2, letras a) y b) (consideración como discriminatorias por razón de sexo de esos dos últimos comportamientos, así como de la orden de discriminar por sexo).

* * *

A finales de los años 60, se decía de la Alianza para el Progreso, el programa lanzado por J. F. Kennedy según el cual los Estados Unidos contribuirían al desarrollo de la América latina, que “la alianza va bien; el progreso es otra cosa”. A la vista de la jurisprudencia que precede, y de los hechos que enjuicia, dejamos a las lectoras y a los lectores trasponer el adagio a la “legislación (inter-, supra- y nacional) por la igualdad”.

Fecha de recepción: 18/9/2014.
Fecha de aceptación: 13/11/2014.

10

Los litigios acumulados enfrentaban a las organizaciones sindicales y a las organizaciones patronales, de ahí parece más sencillo designarlos por el nombre de las personas interesadas: Kutarinta y Novamo.

11

Véase la “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, AEQUALITAS: *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, número 29, 2011.

Ampliación del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva en relación con las trabajadoras madres de familias numerosas

ESPECIAL
COMPENSATION
FOR MATERNITY NO
RETRIBUTIVE AND
LARGE FAMILIES
WORKING MOTHERS



GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR.
Universidad Rey Juan Carlos.



RESUMEN

Cuando, en caso de parto, la mujer trabajadora acredita todos los requisitos para acceder al subsidio por maternidad excepto el período mínimo de cotización exigido, puede llegar a reconocérsele un subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva de una duración de 42 días. Esa duración se amplía a 56 días en los supuestos de familias numerosas.

Palabras clave: subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva, familias numerosas.

ABSTRACT

When the female worker, in case of birth, complies with all requirements for the compensation for maternity, except the minimum period of contribution, the duration of the benefit, that will have the consideration of being no retributive, will be of 42 working days counted since the date of the birth. In the case of large families, the benefit will be of 56 working days.

Keywords: especial compensation for maternity no retributive, large families.

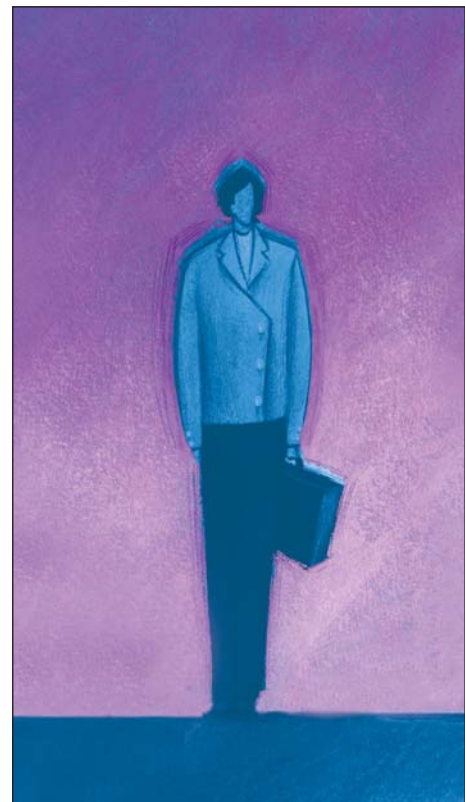
1. INTRODUCCIÓN

Tras las reformas introducidas en su día por la disposición adicional 18^a.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) en el texto del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), el subsidio por maternidad contempla hoy dos supuestos diferenciados: uno de naturaleza contributiva y otro de naturaleza no contributiva. Dentro del Capítulo IV bis («Maternidad») del Título II («Régimen General de la Seguridad Social») de la LGSS, el primero de ellos aparece regulado en su Sección 1^a («Supuesto General»). Y, más específicamente, en los artículos 133 *bis* («Situaciones protegidas»), 133 *ter* («Beneficiarios»), 133 *quáter* («Prestación económica») y 133 *quinquies* («Pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad») ¹. Por su parte, el segundo de ellos aparece regulado en su Sección 2^a («Supuesto especial»). En particular, en los artículos 133 *sexies* («Beneficiarias») y 133 *septies* («Prestación económica»).

Lógicamente, cuando la situación protegida de que se trate concurra en el seno de las familias, sean numerosas o no, podrá causarse derecho a una u otra modalidad prestacional si se reúnen el resto de requisitos exigidos. Ahora bien, de ambas modalida-

des prestacionales, única y exclusivamente encontramos referencias expresas a las familias numerosas en la segunda de ellas; esto es, en el subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva.

En concreto, desde que así lo estableciera la disposición final 3^a de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio económico de 2009. Todo ello en coherencia con lo previsto en la disposición adicional 2^a.2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas (en adelante, LFN), según la cual «El Estado,..., en el ámbito de sus respectivas competencias podrán ampliar la acción protectora de esta Ley para contribuir a la mayor efectividad del principio establecido en el artículo 39 de la Constitución». Y es que, a través de su apartado cuarto, la citada disposición final 3^a vino a modificar la redacción del artículo 133 septies de la LGSS con el objeto de incluir, entre otros aspectos, un mejor tratamiento en la materia de las familias numerosas. Con posterioridad, este subsidio (y con él las referencias expresas a las familias numerosas) aparecería desarrollado reglamentariamente en los artículos 15 y siguientes del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural ².



1

El desarrollo de estos preceptos en lo que al subsidio por maternidad de naturaleza contributiva se refiere aparece contemplado en los artículos 2 a 14 del RD 295/2009, de 6 de marzo.

2

En general sobre este reglamento vid., entre otros, PANIZO ROBLES, J. A., «La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 313, 2009 y PÉREZ ALONSO, M. A., «Informe sobre el RD 295/2009, de 6 de marzo en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural para trabajadores por cuenta ajena», *Aranzadi Social*, núm. 3, 2009.



3 En detalle sobre el concepto de familia numerosa vid. BARRIOS BAUDOR, G. L. y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *Las familias numerosas ante el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Régimen jurídico vigente y propuestas de mejora*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 23 y ss.

4 Junto a los colectivos que a continuación se citan, también tienen la consideración de familia numerosa vía equiparación normativa las unidades familiares integradas por «Dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas» o por «Tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos».

5 A los efectos de la LFN, «se consideran ascendientes al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos». A su vez, «se entenderá por discapacitado aquel que tenga reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 y por incapaz para trabajar aquella persona que tenga reducida su capacidad de trabajo en un grado equivalente al de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez».

6 En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos. En el caso de que no hubiera acuerdo de los padres sobre los hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia.

7 Último inciso, del artículo 2.2 de la LFN, añadido por la disposición adicional 13^a de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Precisamente, al análisis de todos estos preceptos en lo que al subsidio especial por maternidad respecta en relación a las madres de familias numerosas se dedicará el siguiente apartado. Aparentemente pudiera parecer una cuestión menor. Ello no obstante, se trata de uno de los pocos supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico de protección social pública contempla una ampliación prestacional en favor exclusivamente de las madres trabajadoras con escasas carreras cotizatorias y pertenecientes a familias potencialmente vulnerables.

Por descontado, dicho análisis parte del propio concepto de familia numerosa. Concepto que aparece contemplado en los artículos 2 y 3 de la LFN y 1 del Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba su reglamento de desarrollo (en adelante, RFN). De forma muy resumida, se considera familia numerosa a «la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes»³. Ello no obstante, determinados supuestos quedan normativamente equiparados al señalado concepto de familia numerosa. Entre otros, y por cuanto ahora interesa, los que a continuación se indican⁴:

a Uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar⁵.

b Dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de dis-

capacidad igual o superior al 65% o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes.

c El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal⁶.

d El padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor⁷.

Pues bien, sobre la base de cuanto se acaba de indicar, veamos a continuación cuál es el particular régimen jurídico del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva en relación con las trabajadoras madres de familias numerosas.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSIDIO ESPECIAL POR MATERNIDAD DE NATURALEZA NO CONTRIBUTIVA

2.1 En relación a las trabajadoras madres en general (remisión).

Según ha tenido ocasión de señalarse ya, el régimen jurídico general del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva aparece regulado en los artículos 133 sexies («Beneficiarias») y 133 septies («Prestación económica») de la LGSS. Sabido es, también, que el desarrollo reglamentario de dichos preceptos se contempla en el RD 295/2009, de 6 de marzo. Y, más específicamente, en



sus artículos 15 («Beneficiarias»), 16 («Prestación económica»), 17 («Nacimiento, duración y extinción»), 18 («Denegación, anulación y suspensión del derecho»), 19 («Gestión de la prestación»), 20 («Informe de maternidad») y 21 («Solicitud de la prestación económica por maternidad y resolución de la misma»).

Como no podría ser de otra manera, dicho régimen jurídico básico es compartido por todas las madres potenciales beneficiarias del mismo; ya formen parte o no de familias numerosas. Precisamente por tal motivo, a ellas les resultará de plena aplicación cuanto se dispone en los preceptos anteriormente señalados en relación al subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva. De ahí que, para su análisis más detallado, no quepa ahora sino remitirse al contenido y alcance de todos y cada uno de ellos⁸.

Así, por ejemplo, beneficiarias del subsidio especial por maternidad no contributivo lo serán las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto (no así en los supuestos de adopción y/o acogimiento), reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación contributiva por maternidad, salvo el período de cotización establecido en el artículo 133 ter de la LGSS⁹. Semejante condición resultará asimismo extensible a todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social; ya refieran a trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia (disp. adic. 11^a bis LGSS)¹⁰.

Por su parte, la cuantía de la prestación reconocida será, con carácter general, igual al 100% del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento¹¹. Ello no obstante, si la base reguladora calculada conforme a las reglas del subsidio por maternidad de carácter contributivo relativo a trabajadores a tiempo completo (art. 133 *quáter* LGSS) o a tiempo parcial (disp. adic. 7^a LGSS) fuese de cuantía inferior, se estará a dicha cuantía (párrafo primero, art. 133 *septies* LGSS).

En fin, con carácter igualmente general, la duración de la prestación, que tendrá la consideración de no contributiva a los efectos del artículo 86 de la LGSS, será de 42 días naturales a contar desde el parto, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse el derecho por las mismas causas establecidas en el artículo 133 *quinquies* de la LGSS para el subsidio contributivo por maternidad (segundo párrafo, art. 133 *septies* LGSS)¹².

Con todo, el subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva contempla ciertas particularidades en relación a las madres que forman parte de familias numerosas. De todas ellas se da cuenta a continuación.

2.2

En relación a las trabajadoras madres de familias numerosas en particular.

Como ha tenido ocasión de señalarse ya, la disposición final 3^a de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio económico de 2009, modificó el tenor literal del artículo 133 *septies* de la LGSS para, entre otras cosas, aludir expresamente a las familias numerosas. A su vez, sabido es también que el desarrollo reglamentario del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva se encuentra recogido en los artículos 15 a 21 del RD 295/2009, de 6 de marzo. Por razones obvias y al margen de la genérica previsión establecida en su disposición adicional 2^a.2, ninguna referencia se contiene al tema en la LFN.

Pues bien, sobre la base de aquellas disposiciones normativas ha venido a establecerse que la duración general del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva se incrementará «en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición» (párrafo tercero, art. 133 *septies* LGSS y art. 17.2 RD 295/2009). De tal modo que, en estos supuestos, en lugar de 42 días naturales (período equivalen-

8

En profundidad sobre este subsidio vid., por todos, AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, Madrid, Thomson-Reuters-Civitas, 2010, p. 93 y ss.; CASTRO ARGÜELLES, M. A., «El subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva: puntos críticos», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2010 y FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., «La prestación no contributiva por maternidad», *Avanzadi Social*, núm. 2, 2013 (BIB 2013, 930).

9

El período de cotización exigido varía en función de la edad de la persona beneficiaria. Así, «a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización. b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha. c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha».

10

«1. Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema tendrán derecho a las prestaciones establecidas en el Capítulo IV bis... del Título II de la presente Ley, con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones allí previstos para los trabajadores del Régimen General» (disp. adic. 11^a bis LGSS).

11

Para el ejercicio económico de 2014, la cuantía del IPREM es la siguiente: IPREM diario: 17,75 euros/día; IPREM mensual: 532,51 euros/mes; IPREM anual (12 pagas): 6.390,13 euros/año (disp. adic. 80^a Ley 22/2013, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2014). En todo caso, con la Federación Española de Familias Numerosas se propone la actualización del IPREM vigente al IPC que llevaría congelado desde el 2010 (FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FAMILIAS NUMEROSAS, *Propuestas de política familiar*, Madrid, 2013, p. 6; en el mismo sentido vid. la propuesta número 32 del documento FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FAMILIAS NUMEROSAS, *100 medidas de apoyo a la familia*, Madrid, 2014).

12

«El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso» (art. 133 *quinquies* LGSS).



13

FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., «La prestación no contributiva por maternidad», ob. cit., p. 10.

14

PUMAR BELTRÁN, N., «Una visión crítica de la protección de las familias monoparentales por la Seguridad Social», Relaciones Laborales, núm. 9, 2012, pp. 14 y 15.

15

Como señalan AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, ob. cit., p. 98, pasados esos 42 ó 56 días, estas trabajadoras «podrán seguir disfrutando de las semanas de suspensión del contrato que les reste pero sin derecho a ninguna prestación de la Seguridad Social durante el mismo».

16

FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., «La prestación no contributiva por maternidad», ob. cit., p. 10.

17

«Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia»; «Asimismo, se entenderá que existe parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos» (párrafos quinto y sexto, art. 133 *septies* LGSS; art. 17.2 RD 295/2009). Aunque la LGSS no aclara cómo y cuándo se acredita la situación de discapacidad en el grado señalado, el artículo 21.3 del RD 295/2009, señala al respecto lo siguiente: «En los supuestos en los que proceda la ampliación del subsidio, de conformidad con el artículo 17.2, ..., serán necesarios los siguientes (documentos): ... b) Certificado de discapacidad de la madre, con reconocimiento de un grado igual o superior al 65 por 100, efectuado de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente o por la dirección provincial del Instituto de Mayores y Servicios Sociales en Ceuta y Melilla. c) Informe médico del hospital público en el que se haya producido el nacimiento del hijo, en el que consten las dolencias relacionadas con su discapacidad y las repercusiones en la futura vida del neonato. Si el nacimiento se produce en un centro privado, será necesario presentar un informe del facultativo del Servicio Público de Salud».

18

A efectos del reconocimiento de la condición de familia numerosa téngase en cuenta lo señalado en los artículos 5 y siguientes de la LFN y 2 y siguientes del REN.

19

Repárese en este sentido que, con carácter general, las parejas de hecho no quedarían integradas en el concepto de familia numerosa. Cuestión esta que claramente podría afectar en la práctica al reconocimiento o no de la ampliación de la duración del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva. Precisamente por ello, parecería oportuno que la citada ampliación operara en igualdad de condiciones existiera o no vínculo conyugal. Entre otras muchas cosas, porque sabido es que para el reconocimiento del subsidio por maternidad en cualquiera de sus dos modalidades no se exige la existencia de vínculo conyugal.

te a las seis semanas de descanso obligatorio previstas en el art. 48.4 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET–) el señalado subsidio especial alcanzará una duración de 56 (42 más 14) días naturales a contar desde la fecha del parto. Así las cosas, se trataría con ello de atender «la mayor dificultad que supone proporcionar al recién nacido los cuidados necesarios en una familia numerosa»¹³; como también de «reconocer las mayores necesidades de tiempo para el cuidado de hijos»¹⁴. Todo ello, repárese, en relación siempre a las madres trabajadoras que, por no reunir el período mínimo de cotización exigido en su caso, no pueden causar derecho al subsidio contributivo de maternidad, aunque sí a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad¹⁵.

Por lo demás, nada indica la norma sobre el fallecimiento del hijo nacido a los efectos de que la ampliación del subsidio se mantenga o no en el tiempo. De ahí que en relación a esta concreta circunstancia se haya entendido que «desde el plano de los concretos datos normativos, el RD 295/2009 únicamente exige, para que nazca el derecho a la ampliación del subsidio, que el nacimiento se produzca en el seno de una familia numerosa o que con motivo del nacimiento la unidad familiar adquiera dicha condición, por lo que el posterior fallecimiento del hijo no tendría por qué suponer la pérdida del derecho a la ampliación»¹⁶.

Junto a ambos supuestos, la misma regulación normativa contempla las siguientes circunstancias de las que igualmente podría derivar la ampliación de la duración del subsidio: nacimiento de hijo en una familia monoparental, parto múltiple o afectación de la madre o el hijo de una discapacidad en un grado igual o superior al 65%¹⁷. Precisamente, esta concurrencia de circunstancias diversas es la que justifica que la norma se apresure a señalar que «El incremento de la duración es único, sin que

proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas». Repárese que, a tal efecto, muy diversas pueden resultar las hipótesis concurrentes en la práctica. Por ejemplo, y a los efectos que ahora nos interesan, que con ocasión del parto múltiple una determinada familia adquiera la condición de familia numerosa; que el parto múltiple se produzca en una familia que ya ostentaba la condición de familia numerosa; que tratándose de una familia numerosa (de nueva constitución o no), la madre y/o el hijo nacido alcancen la señalada discapacidad del 65%; etc. Pues bien, en estos y otros posibles casos, el incremento de la duración del subsidio será, única y exclusivamente, de 14 días.

Por lo demás, como no podría ser de otra manera, la solicitud del subsidio no contributivo por maternidad requiere de la presentación de una serie de documentos. Concretamente, junto al resto de documentación de carácter general, para la ampliación de la duración subsidio especial no contributivo por maternidad en los supuestos de familias numerosas reglamentariamente se exige presentar el título oficial de familia numerosa [art. 21.3 a) RD 295/2009]¹⁸. De hecho, «A los efectos de la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas» (párrafo cuarto, art. 133 *septies* LGSS y párrafo segundo, art. 17.2 RD 295/2009)¹⁹. Ello no obstante, si no





ha sido reconocida la condición de familia numerosa pero se presume dicha situación (por ejemplo, porque la familia ha adquirido dicha condición con ocasión del nuevo nacimiento de hijo y/o por un supuesto de parto múltiple), se podrá acreditar tal condición con la presentación del formulario de haber solicitado el título de familia numerosa²⁰.

Pese a tratarse de un requisito aparentemente formal, la presentación del citado título oficial o, en su caso, del correspondiente formulario parecería adquirir reglamentariamente la condición de elemento esencial para la ampliación del subsidio no contributivo por maternidad. Ello no obstante, por más que se trate de una exigencia del todo punto lógica, la condición de familia numerosa bien podría acreditarse por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho²¹. Con todo, la norma señala de forma expresa que «En aquellos supuestos en los que no se acredite suficientemente la existencia de una familia numerosa, si se reúnen el resto de los requisitos exigidos, se procederá a resolver estimativamente la prestación salvo en lo que respecta a la ampliación de la duración del subsidio por la condición de familia numerosa. Cuando se presente la documentación requerida, se procederá al abono de la cuantía de la prestación restante si se tiene constancia de que se había suspendido el contrato de trabajo» por el período correspondiente; esto es, 42 días naturales más los 14 días naturales adicionales por ser familia numerosa. En cambio, «Si no se tuviera constancia de dicha suspensión, la trabajadora deberá aportar el certificado de empresa» reconociendo dicha suspensión. En fin, «En aquellos supuestos en los que no se acredite suficientemente la existencia de una familia numerosa, los días de ampliación no podrán ser disfrutados con posterioridad a la reincorporación al trabajo» (art. 21.4 RD 295/2009)²².

Pues bien, como con acierto ha tenido ocasión de señalarse respecto de esta materia, «La dicción de la norma

no es clara en cuanto al momento de disfrute del tiempo de descanso cuando no se ha acreditado suficientemente la condición de familia numerosa en el momento de la solicitud de la prestación. Al respecto, cabrían dos opciones. Por un lado, podría entenderse que si no se acredita tal condición en el momento de la solicitud, la interesada deberá esperar para disfrutar del tiempo de ampliación hasta que aporte la documentación adecuada, aunque esta se produzca tras la incorporación a su puesto de trabajo, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto. Por otro, la solución podría pasar porque la interesada disfrutase los catorce días de descanso extraordinarios a renglón seguido de las seis semanas pese a no percibir el subsidio correspondiente y, una vez acreditase la condición de familia numerosa, la entidad gestora procedería al abono de la prestación correspondiente al tiempo de ampliación ya consumido..., ésta última interpretación es la que mejor encaja en la letra del reglamento, puesto que al disponer que se procederá al abono si se tiene constancia de que se «había suspendido» el contrato de trabajo, el mismo está exigiendo que los catorce días extraordinarios de descanso que cubre el subsidio sean disfrutados de forma ininterrumpida tras agotar la duración ordinaria del subsidio. Interpretación que refuerza el propio precepto cuando dispone en su párrafo final que en aquellos casos en los que no se acredite suficientemente la existencia de familia numerosa, los días de ampliación no podrán ser disfrutados con posterioridad a la reincorporación al trabajo.

Por tanto, los catorce días de descanso que el subsidio por maternidad cubre en caso de que el hijo nazca en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición deberán consumirse, pese a la falta de acreditación de tal circunstancia en el momento de la solicitud, de forma ininterrumpida tras la finalización de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, abonándose el subsidio co-

20

Adviértase con FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., «La prestación no contributiva por maternidad», ob. cit., p. 10, que, «Aún a riesgo de señalar lo evidente, no está demás decir que la posibilidad de acreditar la condición de familia numerosa mediante la presentación del formulario de solicitud, puede dar lugar a cierta picaresca. En efecto, el RD 295/2009 únicamente establece como requisito que se presente «el formulario de haber solicitado el título de familia numerosa», sin prever un procedimiento para la comprobación de que la condición de familia numerosa sea reconocida finalmente. Siendo así, ello podría dar lugar a que la beneficiaria instase el formulario de solicitud de familia numerosa y lo presentara junto con la solicitud del subsidio no contributivo por maternidad, a sabiendas de que no cumple con los requisitos, con la única finalidad de acceder al tiempo de ampliación del subsidio. Es por ello, que en mi opinión, sin perjuicio de que la ampliación del tiempo de percepción del subsidio se concediera provisionalmente con la presentación de la solicitud del título de familia numerosa, con posterioridad se debería exigir que el beneficiario acreditase si finalmente le fue reconocida la condición de familia numerosa, exigiéndose el reintegro de la prestación indebidamente percibida en caso de que se le hubiera denegado».

21

A este respecto cfr. la STSJ Madrid 2 junio 2005 (AS 2005, 1453) que, en relación a las asignaciones económicas por hijos a cargo, interpreta de forma flexible la acreditación de la existencia de familia numerosa admitiendo otras formas de prueba distintas del título oficial: «parece claro que el documento o título oficial en cuestión no es más que la manera habitual de acreditar la situación real, pero no integra un requisito constitutivo de la misma. El título, pues..., sólo es un instrumento probatorio que, como ha sucedido en este caso, ha sido válida y eficazmente sustituido por otras pruebas que han demostrado sin duda la condición de «numerosa» de la familia del actor. La interpretación propugnada por la Entidad recurrente se revela así..., «absolutamente inflexible».

22

Sobre el particular *vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PÉREZ YÁÑEZ, R. M., «Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)», *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2009, p. 17.

23

FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., «La prestación no contributiva por maternidad», ob. cit., pp. 10 y 11.

24

En detalle sobre la inclusión o no de las parejas de hecho en el concepto de familia numerosa *vid.* BARRIOS BAUDOR, G. L. y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *Las familias numerosas ante el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Régimen jurídico vigente y propuestas de mejora*, ob. cit., p. 35 y ss.

25

En relación con aquellas prestaciones o ayudas públicas que tengan establecido como módulo de referencia el IPREM, desde la Federación Española de Familias Numerosas se propone la «Actualización del IPREM vigente al IPC (Índice de Precios al Consumo) para acceder a las ayudas a las que pueden acogerse las familias numerosas, ya que muchas familias numerosas no pueden acceder a las prestaciones por superar el límite establecido. El índice del IPREM lleva congelado desde 2010, y dicho parámetro no se ajusta en la actualidad a la realidad de los hogares con mayor número de miembros en la familia, para acceder a las ayudas públicas. En concreto, el SMI (Salario Mínimo Interprofesional), índice por el que se regía en 2004 para acceder a las ayudas sociales, ha aumentado en los últimos ocho años un 40,13%; mientras que el IPREM ha subido menos de la mitad, un 15,64%. Esta situación provoca que cada vez más familias numerosas queden excluidas de la obtención de ayudas públicas» (FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FAMILIAS NUMEROSAS, *Propuestas de política familiar*, Madrid, 2013, p. 6; en similar sentido cfr. las propuestas números 20 y 32 del documento FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FAMILIAS NUMEROSAS, *100 medidas de apoyo a la familia*, Madrid, 2014).

26

En este sentido, desde la Federación Española de Familias Numerosas se propone la «Ampliación de la baja de maternidad, hasta 6 meses, al menos a partir del tercer hijo, como respuesta de apoyo y protección a la maternidad, considerada como un bien social fundamental, para que ninguna mujer vea limitado su derecho a ser madre por razones económicas, sociales y laborales» (FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FAMILIAS NUMEROSAS, *Propuestas de política familiar*, ob. cit., p. 10); ampliación que posteriormente se limitará a 18 semanas en la propuesta número 52 del documento FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FAMILIAS NUMEROSAS, *100 medidas de apoyo a la familia*, ob. cit.

A su vez, proponiendo que la duración de la suspensión del contrato por maternidad se amplíe en función no solo del número de hijos que se tengan en un mismo parto, sino también en función de los ya existentes al ser mayores los esfuerzos de cuidado de los hijos *vid.* MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, p. 79. En este último sentido *vid.*, también, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en relación a la ampliación del permiso parental a seis meses en el caso del nacimiento del tercer hijo, según la cual «En la actualidad, el permiso de 16 semanas por hijo, es escaso cuando se trata de atender a una recién formada familia numerosa. Las parejas que deciden tener 3 o más hijos, relatan grandes dificultades para incorporarse a sus puestos de trabajo tras este permiso. El descanso post-maternidad debería ampliarse de forma proporcional al número de hijos nacidos, no sólo para favorecer el cuidado del recién nacido, sino como parte de las políticas encaminadas a mejorar la tasa de natalidad en nuestro país» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, Proposiciones de Ley, 17 de marzo de 2006, núm. 235-1).

rrespondiente a los catorce días extras una vez quede acreditada dicha circunstancia»²⁵.

3. PROPUESTAS DE MEJORA

Sin perjuicio de remitirse ahora a cuanto con anterioridad se acaba de señalar en relación al régimen jurídico vigente de la ampliación del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva, a continuación se indican una serie de propuestas de mejora por referencia a las familias numerosas:

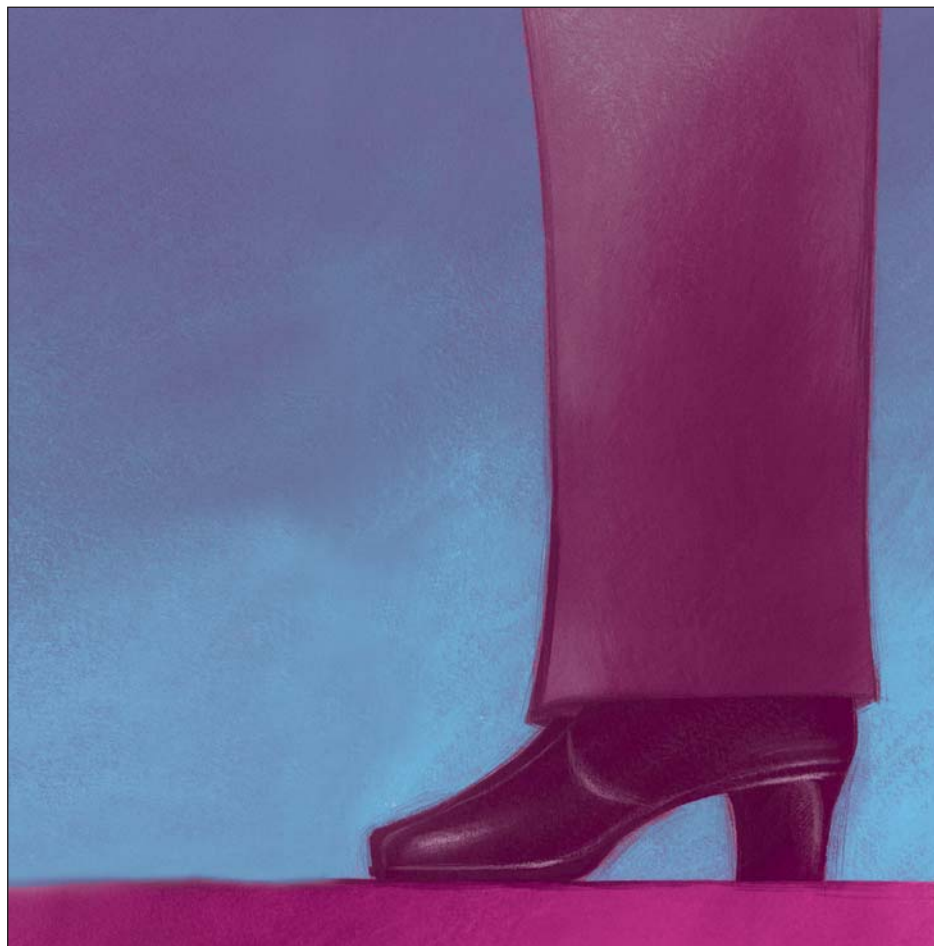
1^a Extensión del concepto de familia numerosa a las parejas de hecho. Y es que, con carácter general, las parejas de hecho no quedarían integradas en el concepto de familia numerosa. Cuestión esta que claramente podría afectar en la práctica al reconocimiento o no de la ampliación de la duración del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva (art. 133 septies LGSS). Precisamente por ello, pare-

cería oportuno que la citada ampliación operara en igualdad de condiciones existiera o no vínculo conyugal. Entre otras muchas cosas, porque sabido es que para el reconocimiento del subsidio por maternidad en cualquiera de sus dos modalidades no se exige la existencia de vínculo conyugal²⁴.

2^a Revisión al alza del IPREM en relación al subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva y a cuantas prestaciones lo tomen como referencia²⁵.

3^a Ampliación de la protección por maternidad (suspensión del contrato de trabajo y subsidio económico) en relación a mujeres trabajadoras pertenecientes a familias potencialmente vulnerables. Junto con las familias monoparentales y/o con ascendientes en situación de discapacidad, especialmente también en los supuestos de familias numerosas²⁶.

Fecha de recepción: 13/10/2014.
Fecha de aceptación: 13/11/2014.



Informe para el estudio de la racionalización de horarios, la conciliación y la corresponsabilidad

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO.

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

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL.

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo.



1. INTRODUCCIÓN

El Pleno del Congreso de los Diputados acordó en su sesión de 13 de septiembre de 2012 la creación, en la Comisión de Igualdad, de una Subcomisión para el estudio de la racionalización de horarios, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la corresponsabilidad¹. Los objetivos de la subcomisión pueden reconducirse a cinco: analizar las medidas de conciliación y flexibilización horaria existentes y su utilización práctica o efectividad; presentar propuestas de racionalización de los horarios en todos los ámbitos a fin de favorecer la conciliación, mejorar la productividad y lograr una mayor convergencia con Europa; formular propuestas que permitan avanzar hacia la corresponsabilidad a través de

una distribución más igualitaria de los roles tradicionales; estudiar la aplicación de la LOIEMH en relación con las medidas de conciliación vinculadas a la negociación colectiva, derechos laborales, jornada de trabajo y planes de igualdad de las empresas; y emitir un informe a fin de mejorar las políticas de conciliación, corresponsabilidad y racionalización de horarios², informe del que debía darse traslado al Gobierno, tras su aprobación por la Comisión de Igualdad³ y el Pleno del Congreso⁴.

La subcomisión celebró un total de treinta y una sesiones con el objeto, en la mayoría de ellas, de celebrar la comparecencia de los expertos propuestos por los distintos grupos parlamentarios para elaborar el informe e intentar situar de nuevo, en cuanto se den los primeros síntomas de recuperación económica, la igualdad, la conciliación y la corresponsabilidad en el centro de la agenda política y de la negociación colectiva, relegados a un segundo plano por la crisis económica.

En síntesis, el informe propone al Gobierno regresar al huso horario de Greenwich y elaborar una nueva Ley de conciliación y corresponsabilidad que facilite la reorganización del tiempo de trabajo para dejar a las personas trabajadoras tiempo libre y favorecer su conciliación personal familiar y laboral, y avance hacia unos permisos parentales iguales e intransferibles. La subcomisión demanda mejorar las políticas dirigidas a favorecer la conciliación, la corresponsabilidad y la racionalización de horarios y corregir las múltiples disfunciones puestas de manifiesto en las comparecencias de los expertos. El informe gira, pues, sobre dos ejes primordiales interconectados entre sí en aras a lograr emplear más racionalmente el tiempo de trabajo y una mayor efectividad de la conciliación y corresponsabilidad.

El primer eje, que coincide con el primer capítulo de este comentario, se centra en una reformulación de

los permisos parentales y de conciliación para avanzar hacia permisos iguales e intransferibles que incentiven la participación de los hombres en las tareas de cuidado y favorezcan un modelo de familia corresponsable, exento de prejuicios y estereotipos de género, en el que hombres y mujeres sean titulares de los mismos derechos y responsables de similares deberes, tanto en el ámbito laboral como en las responsabilidades familiares⁵. El informe considera oportuno revisar el tratamiento normativo de los permisos de maternidad, paternidad, lactancia, reducción de jornada y excedencia, implementar un nuevo permiso de corta duración para indisposiciones temporales infantiles, y poner en tela de juicio ciertas disfunciones de la regulación vigente, como el parentesco de afinidad como sistema de generación de derechos de conciliación o la carencia de remuneración de licencias parentales, con el correspondiente riesgo de empobrecimiento para las familias.

El segundo eje, que se desarrolla en el segundo capítulo, se refiere al avance en políticas públicas sobre racionalización de horarios, ofreciendo alternativas a la prestación presencial de trabajo a tiempo completo a través de una mayor flexibilización de la organización temporal y/o espacial del trabajo y del trabajo a tiempo parcial, y buscando una mayor convergencia con Europa e incluso mejores resultados en productividad y competitividad. En definitiva, jornadas compactas o continuas, con horarios de salida tope razonables y con menos pausas y más breves para comer—entrar a las siete u ocho de la mañana y salir entre las cuatro y las seis de la tarde, con media hora para comer—. Esta racionalización, a juicio de muchos de los expertos, no sólo deja al trabajador más tiempo libre para la formación, el ocio o la familia, sino que también mejora la productividad, reduce el absentismo, el estrés y hasta el fracaso es-

1

Véase acuerdo de la Comisión sometiendo su aprobación al Pleno –BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-115, de 22 de junio de 2012, pág. 3–; aprobación por el Pleno –Diarios de Sesiones: DS. Congreso de los Diputados, núm. 57, de 13 de septiembre de 2012, pág. 74, y BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-147, de 20 de septiembre de 2012, pág. 3–.

2

Informe publicado en el BOCG, núm. D-330, de 26 de septiembre de 2013, pág. 1 ss.

3

Aprobado por unanimidad el 26 de septiembre de 2013 –Diarios de Sesiones: DS. Congreso de los Diputados, núm. 413, de 26 de septiembre de 2013, pág. 2–. Véase el acuerdo y los votos particulares presentados, así como el escrito de mantenimiento de los votos para su defensa ante el pleno en el BOCG, núm. D-339, de 10 de octubre de 2013, pág. 1 ss.

4

El informe y los votos particulares entraron al pleno para su aprobación el 26 de septiembre, sin que la aprobación se haya producido aún.

5

Sobre estos temas, más ampliamente, AA.VV. (Dir. CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, AA.VV. (Dir. CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012 y AA.VV. (Dir. CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *Reconciliation, Corresponsability and Employment: International Experiences*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.



colar. Con todo, esas transformaciones en la organización del trabajo no siempre resultarán tarea fácil, pues su implementación requiere cambios sustanciales en los usos y costumbres de actos esenciales de la vida diaria –cambios en las horas de sueño o en las de las comidas y cambios en la propia ingesta de alimentos, con comidas mucho más ligeras– y también cambios importantes respecto al ocio –horarios televisivos, de espectáculos...–.

Aunque se presta especial atención a medidas de conciliación que afectan al ámbito laboral, jornada de trabajo, negociación colectiva, planes de igualdad y responsabilidad social corporativa, para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, también se hace un llamamiento a la necesidad de introducir la dimensión de la igualdad en todos los aspectos de la vida pública y política y de implantar políticas públicas complementarias transversales que coadyuven a hacer realidad la conciliación y la corresponsabilidad: servicios públicos de cuidado de calidad, incentivos fiscales y medidas sociales de apoyo a familias y empresas familiar y socialmente responsables, incorporación de horarios más racionales en todos los ámbitos y políticas educativas y de comunicación que sensibilicen a la población en temas de conciliación y corresponsabilidad. A estas políticas públicas complementarias se dedica el capítulo tercero.

Como conclusión final, el informe plantea que se elabore una nueva Ley de Conciliación y Corresponsabilidad que profundice en todas estas propuestas e incorpore estas recomendaciones. Reclama, además, al Gobierno que ponga en marcha los estudios socioeconómicos necesarios para conocer la incidencia económica global de un posible cambio de huso horario y de una racionalización de los horarios laborales y para configurar los permisos parentales como permisos igualitarios e intransferibles.

2. REFORMULACIÓN DE LOS DERECHOS PARENTALES, DE CONCILIACIÓN Y DE CUIDADO

La incorporación masiva de las mujeres al trabajo productivo y remunerado, que en España tiene lugar fundamentalmente a partir de las dos últimas décadas del siglo XX, ha tenido una incidencia innegable en la vida de las familias, ante la necesidad de suplir el rol tradicional de la mujer, dedicada hasta entonces casi en exclusiva a la atención y cuidado del hogar y de la familia, tareas de ámbito familiar, en tanto los varones dedicaban la mayor parte de su tiempo al desarrollo de una carrera profesional o laboral. Las primeras políticas de conciliación, llamadas “de primera generación”, fueron configuradas para convertir la conciliación, fundamentalmente, en un problema de las mujeres, no en un problema público o político, ni siquiera en un problema de las familias. Contribuyeron a perpetuar el rol tradicional de la mujer como cuidadora en exclusiva del hogar, al permitirle compatibilizar sus responsabilidades familiares con su actividad laboral, pero sin implicar ni corresponsabilizar a los varones en las tareas domésticas. Éstos continuaron apegados al trabajo productivo y centrados en su promoción profesional como principales sustentadores económicos de la familia. Esas primeras políticas de conciliación supusieron un perjuicio a las carreras profesionales de las mujeres, en comparación con las de los varones, provocando frecuentes discriminaciones laborales por razón de género, en especial discriminación salarial, falta de promoción profesional y realización de dobles jornadas por las mujeres trabajadoras, la laboral y la del hogar familiar. Efecto colateral de primera magnitud de esas políticas fue, sin duda, el descenso drástico de la natalidad por la gran dificultad para conciliar.

La segunda fase de políticas de conciliación pone, en cambio, ya el énfasis en la corresponsabilidad y en la igualdad para mejorar la tasa de par-

ticipación de las mujeres en el mercado de trabajo. Estas políticas pretenden una distribución igualitaria de los roles de la vida, no sólo en el ámbito laboral, para el desempeño de una actividad laboral, sino también en el ámbito personal y familiar –ocio, descanso, formación, deporte, familia–, para lo que la persona trabajadora necesita disponer de tiempo. Su objetivo es constituir familias en las que los dos miembros de la pareja tienen un trabajo remunerado con parecida dedicación y que ambos se repartan las tareas del hogar y el cuidado de los hijos/as, si los hay.

El Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, incorporado como anexo a la Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010, concede un permiso parental individual a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales. Ese permiso, distinto del de maternidad, puede configurarse como permiso a tiempo completo o parcial, que pueda utilizarse de manera fragmentada o conforme a un sistema de crédito de tiempo..., tiene una duración mínima de cuatro meses y debe, en principio, concederse con carácter intransferible, para promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres y fomentar su uso igualitario. En todo caso, al menos uno de los cuatro meses será intransferible. Trata de alguna manera de hacer efectiva la corresponsabilidad a través de la individualización y la no transferibilidad de uno a otro progenitor de los derechos de conciliación, favoreciendo de esta manera la participación masculina⁶.

6

CABEZA PEREIRO, J., *¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?*, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2010 –base de datos westlaw BIB 2010\1242–.



No favorecen, ciertamente, la corresponsabilidad en España factores de índole estructural, como la elevada tasa de desempleo de los jóvenes, ni el propio sistema mediterráneo de familia, anclado en patrones de progenitores sumamente protectores y adolescentes no fácilmente predisuestos a una emancipación precoz. Ello sin duda contribuye a perpetuar el tradicional reparto de roles al retrasar la vida autónoma de los jóvenes y su asunción de tareas y responsabilidades. La emancipación precoz que caracteriza otras sociedades europeas e impone la asunción de responsabilidades de los jóvenes, facilita la constitución de familias más igualitarias y con un reparto y asunción de responsabilidades más equilibrado. Y tampoco ayudan los hábitos en la distribución del tiempo propio, en hombres y mujeres, que aunque ciertamente han cambiado, siguen evidenciando una diferencia no sólo cuantitativa sino también cualitativa importante en la organización del tiempo. En tanto los hombres distribuyen su tiempo de una manera más lineal, alternando trabajo y tiempo libre, las mujeres suelen practicar una distribución en estrella, superponiendo tiempos de trabajo productivo, doméstico y ocio.

Las dificultades de conciliación y corresponsabilidad se manifiestan aún hoy en el empleo de las mujeres, con una tasa de actividad alrededor de trece puntos porcentuales por debajo de la tasa de actividad masculina, una brecha salarial de aproximadamente un 14%, y una representación de mujeres en cargos directivos que no llega al 25% –al 13% en las empresas del IBEX–, y ello pese a que son mujeres más del 60% de los titulados universitarios españoles y el 51% de la población con estudios universitarios de postgrado.

7

La Disposición final novena del proyecto de ley de los Presupuestos Generales del Estado para 2015 retrasa de nuevo la entrada en vigor de la Ley 9/2009 un año más, hasta el 1 de enero de 2016.

Las comparecencias de los expertos en la subcomisión revelaron importantes disfunciones o carencias de la legislación española vigente en materia de conciliación y corresponsabilidad, que se pueden sistematizar distinguiendo las propuestas referidas a permisos de maternidad y paternidad, de las que afectan a otros permisos de conciliación y cuidado.

2.1

Propuestas en relación con los permisos de maternidad, paternidad y lactancia

El permiso de maternidad por parto, regulado en el art. 48.4 ET, se configura como un derecho, titularidad de la madre trabajadora, a un descanso de dieciséis semanas ininterrumpidas. La madre debe disfrutar obligatoriamente de las seis semanas siguientes al parto, por razones de seguridad y salud laboral, y puede disfrutar y/o ceder al otro progenitor total o parcialmente las diez semanas restantes para el cuidado de la criatura. Ese permiso, concebido inicialmente para la recuperación del parto, se ha ido extendiendo progresivamente para cubrir tareas de cuidado, recayendo éstas, al ser un derecho de titularidad de la madre, de forma preponderante en ella. Con todo, el permiso responde actualmente a necesidades divergentes. Las seis semanas siguientes al parto se vinculan al hecho físico de la maternidad y a la recuperación de la salud de la mujer encinta que ha dado a luz. Las diez semanas restantes, en cambio, constituyen más bien un derecho parental cuya titularidad no debería atribuirse únicamente a la madre, aunque exista posibilidad de cesión expresa al padre, pues la falta de titularidad del permiso del otro progenitor contraviene la individualización de los permisos necesaria para hacer efectiva la corresponsabilidad de los progenitores. La titularidad es de la madre, incluso aunque no tenga cotizaciones suficientes para disfrutar la prestación contributiva, y sólo se prevén excepciones en caso de fallecimiento de la madre o de que ésta trabaje y no tenga derecho a sus-

pendar su actividad profesional con derecho a prestación con arreglo a las normas que regulen dicha actividad. Ni siquiera si la madre no trabaja, puede el padre utilizar ese permiso. El caso de la adopción y del acogimiento es distinto, porque en estos supuestos la titularidad es individual, aunque el permiso es transferible, pues, cuando ambos progenitores trabajan, el período de descanso, que debe ser ininterrumpido, se distribuye a opción de los interesados, que pueden disfrutarlo simultánea o sucesivamente.

Para que, en el caso de parto, el otro progenitor se implique en el cuidado de la criatura y no quede reducido a un mero espectador de su crianza, sería conveniente reformular el permiso como un permiso parental y establecer mecanismos de individualización de los derechos no sólo para la madre sino también para el padre. Se contribuiría con ello a garantizar la presencia de la mujer en el mundo laboral en pie de igualdad con los hombres. En una sociedad que apuesta por la corresponsabilidad deben concederse permisos individuales para cada progenitor con independencia de las decisiones que adopte el otro progenitor, permisos igualitarios en la duración del permiso, pagados e intransferibles.

Un primer paso que puede abrir el camino hacia un permiso parental igualitario es, sin duda, la ampliación a cuatro semanas del permiso de paternidad introducida por la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, pero cuya entrada en vigor ha sido sucesivamente pospuesta con carácter anual desde su aprobación⁷. Esa ampliación debería entrar en vigor tan pronto como las circunstancias económicas lo permitan. El vigente permiso de paternidad de trece días es más de ocho veces menor que el de maternidad. La utilización de este permiso contribuye a crear una especial vinculación emocional de los padres con sus hijos e hijas recién nacidos y faci-



lita su asunción de cargas y responsabilidades y la corresponsabilidad en sí misma, al contemplar la paternidad como una responsabilidad masculina. Por lo demás, contrasta el alto porcentaje de trabajadores que disfrutan de este permiso, intransferible y pagado con una prestación próxima al salario, con el ínfimo porcentaje de trabajadores que disfrutan de una parte del permiso de maternidad transferible por la madre o de excedencias –2% y 5%, respectivamente–. Esta situación se reproduce en los países de nuestro entorno que han implantado permisos intransferibles y retribuidos en favor del padre.

No recibe, en cambio, un apoyo unánime la ampliación del permiso de maternidad propuesta por el Parlamento Europeo, por el riesgo de comportar en la práctica un apartamiento más prolongado de la mujer de su puesto de trabajo. Al ser predominantemente en la práctica, las mujeres las que disfrutan no sólo del descanso de maternidad obligatorio, vinculado propiamente al hecho biológico de la maternidad, sino también del descanso asociado al cuidado del niño/a, el ejercicio del derecho produce consecuencias negativas en su carrera profesional, y, en definitiva, desigualdad y discriminación para las mujeres en el mercado de trabajo. Esa ampliación podría contribuir a consolidar la división sexual del trabajo y los roles de género.

Tampoco se consideran adecuadas las expresiones maternidad y paternidad, que responden a un modelo de familia biparental heterosexual, y que los expertos consideran deben sustituirse por “permisos parentales”, expresión neutra desde una perspectiva de género, que puede aplicarse a las parejas homosexuales y heterosexuales, cualquiera que sea su forma de convivencia y parentalidad, sin producirse la paradoja de madres que disfrutan de paternidad o padres que disfrutan de maternidad.

Con todo, las propuestas de los expertos en relación con los permisos parentales oscilan entre la amplia-

ción del permiso parental, a disfrutar por la pareja en los términos que consideren convenientes, en un mínimo de seis meses –ampliable hasta los doce meses, aunque con un disfrute común de dos o tres semanas– hasta una medida ciertamente más efectiva y aceptada, cual es el establecimiento de permisos parentales igualitarios e intransferibles. Esta medida fue presentada como proposición no de ley en el Congreso, instando al Gobierno a acometer una reforma integral de los permisos por nacimiento, adopción o acogimiento, con tres objetivos fundamentales: asegurar el derecho de la infancia a recibir los cuidados por parte de cada uno/a de sus progenitores/as en pie de igualdad; garantizar en plano de igualdad los derechos de ambos progenitores a compatibilizar el empleo de calidad con el permiso, sin perder sus ingresos; y avanzar hacia la equiparación de los permisos entre ambos progenitores de forma que ambos cuenten con el mismo período personal e intransferible⁸. Cuando los permisos son transferibles, la experiencia demuestra que son las mujeres quienes los disfrutan prácticamente en su totalidad.

De forma más concreta, la proposición de ley de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción o acogida⁹, defiende el derecho de cada progenitor a dos permisos con diferente duración: un “permiso parental inicial” de dos semanas obligatorias a disfrutar a partir del hecho causante –parto, adopción o acogimiento–, simultáneo para los dos progenitores, en caso de existir dos, ya que mientras la madre recupera su salud, se requiere la presencia del otro progenitor para el cuidado de la madre y la criatura junto con el resto de la prole, si la hubiera; y un “permiso parental para la crianza”, de dieciséis semanas, a disfrutar durante los dieciocho meses siguientes al nacimiento, acogimiento o adopción, de las que cuatro serían obligatorias y las doce restantes no

obligatorias pero intransferibles. El permiso de lactancia queda incluido en el permiso parental para crianza y el permiso por nacimiento de dos días queda incluido en el permiso parental inicial del otro progenitor/a. La propuesta incorpora en su disposición transitoria primera un calendario de implantación de la reforma gradual, durante un plazo máximo de siete años consecutivos desde la aprobación de la ley.

Con ello, se aseguraría el derecho de la infancia a recibir cuidados por los dos progenitores, se garantizarían en plano de igualdad los derechos de estos a compatibilizar el empleo de calidad con el permiso parental, sin perder sus ingresos y se avanzaría hacia una equiparación de permisos entre ambos progenitores, con un mismo período personal e intransferible, evitando la subrogación o cesión de derechos. Se eliminaría, además, para las empresas la carga que suponen los permisos retribuidos por nacimiento de hijo y de lactancia. Y se simplificaría la organización del trabajo, pues descendería el número de reducciones de jornada y excedencias solicitadas.

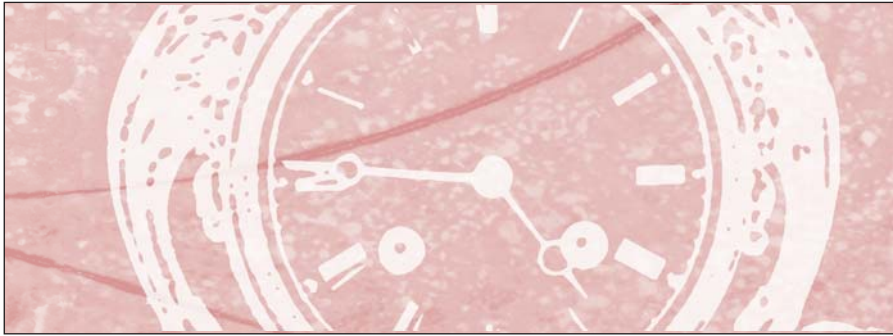
En particular, la subcomisión recomienda al Gobierno hacer efectiva, cuando la situación económica lo permita, la ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas y realizar los estudios económicos oportunos para evaluar la posibilidad de implantar los permisos parentales igualitarios e intransferibles, que requerirían doblar la actual duración del permiso de maternidad de dieciséis a treinta y dos semanas y acumular a cada permiso dos semanas más para eliminar el permiso de lactancia.

8

Véase Proposición no de Ley sobre modernización del sistema de permisos por nacimiento, adopción y acogimiento –Diarios de Sesiones: DS. Congreso de los Diputados, núm. 186, de 10 de octubre de 2012, pág. 30, y BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-149, de 24 de septiembre de 2012, pág. 46–.

9

BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 81-1, de 06/07/2012.



El relación con el permiso de lactancia, hasta la reforma laboral del año 2012¹⁰, se configuró como un permiso de titularidad femenina de forma similar al permiso de maternidad, pese a haberse desvinculado completamente del hecho de la lactancia natural y concebirse jurisprudencialmente como un permiso de cuidado del niño o niña menor de nueve meses, acumulable incluso en determinados casos al permiso de maternidad. La reforma fue la respuesta a la STJUE de 30 de septiembre de 2010¹¹, que declaró contraria al Derecho de la Unión Europea la atribución de la titularidad a la madre trabajadora asalariada. La titularidad del permiso es, ahora, indistinta para ambos progenitores, pero sigue vul-

nerando la deseada individualización de los derechos, pues en caso de que ambos trabajen, sólo puede ser disfrutado por uno de ellos, que suele ser la madre.

2.2

Disfunciones o carencias concretas en relación con otros permisos de conciliación y cuidado

Hay cierta coincidencia entre los expertos y expertas consultadas, que alertan de los peligros que para la continuidad en el mercado laboral y para la promoción profesional de las mujeres tienen las licencias remuneradas de larga duración. Abogan, en cambio, por fórmulas de *keep in touch*, para evitar la desprofesionalización, con permisos cortos y además, con cuota masculina, y garantizando para quien hace uso de los mismos el blindaje laboral posterior. En cuanto a la remuneración, aunque las transferencias monetarias directas en España han sido escasas, entienden los expertos que han estado bien orientadas, pues se han dirigido acertadamente a madres trabajadoras que optaban por compatibilizar trabajo y cuidado –no, por tanto, a aquéllas que no trabajaban, lo que contribuiría a su apartamiento del mercado laboral–.

A diferencia de lo que acontece con los permisos de maternidad y paternidad, en la regulación vigente de la reducción de jornada y la excedencia por cuidado de hijos e hijas, sí se reconoce un derecho individual de los progenitores, aunque con la limitación de que si ambos trabajan para la misma empresa –situación ciertamente no muy frecuente– y generan el

derecho por un mismo sujeto causante, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Ello puede generar cierto conflicto con la doctrina europea en la materia, sobre todo en el caso de reducción de jornada –pues el disfrute simultáneo de la excedencia es altamente improbable por razones económicas obvias–. Limita la posibilidad de disfrute conjunto y obligaría probablemente a uno de los progenitores –predominantemente a las mujeres, que son las que hacen mayor uso de estos permisos– a optar por una reducción de la jornada más amplia o incluso a una excedencia.

Por lo demás, y pese a que constituyen derechos individuales, al no ser ni la reducción de jornada ni la excedencia, a diferencia del descanso de paternidad, permisos vinculados a una remuneración o prestación económica, los varones no utilizan extensivamente esas posibilidades de conciliación, siendo en la práctica las mujeres las que prolongan la ausencia de su puesto de trabajo. En el caso de las excedencias, en particular, con una duración excesivamente larga –tres años– y una desvinculación a tiempo completo de la relación laboral, se incrementan las desigualdades de género, al implicar frecuentemente el apartamiento de las mujeres de sus trabajos durante amplios períodos de tiempo, con el riesgo de desprofesionalización que ello comporta e incluso el desincentivo que puede suponer al regreso al mercado laboral de la trabajadora. Además, en caso de hijo natural la duración máxima de la excedencia computa desde la fecha del nacimiento, limitando así de manera rígida la edad del beneficiario. Sería preferible una licencia parental corta, pero retribuida, financiada por la Seguridad Social, que facilitase el tránsito entre la finalización de los permisos paternal y parental, a partir de los cuatro meses, y el ingreso de las niñas y niños en centros de escolarización infantil. El informe pone como ejemplo una licencia pa-

10

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

11

Asunto C-104/09, Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT, SA. La sentencia entiende que el derecho del padre no puede hacerse depender de que la madre sea una trabajadora asalariada ya que el reconocimiento de la titularidad a la trabajadora por cuenta ajena resulta contraria a la Directiva 76/207/CE (y a la Directiva 2006/54/CE, de 5 julio) al establecer una diferencia de trato por razón de sexo entre las madres que tienen la condición de trabajadoras por cuenta ajena y los padres que tienen la misma condición, sin que exista una justificación objetiva y razonable, si se tiene en cuenta que el disfrute de este permiso se encuentra desvinculado del hecho biológico del amamantamiento natural, y que su reconocimiento no va dirigido especialmente a asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre madre e hijo, sino que se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño. El padre puede disfrutar de este permiso tanto si la madre es trabajadora por cuenta ajena como por cuenta propia.



rental de reducción de jornada, universal y con perspectiva de género, financiada desde la Seguridad Social, inspirada en modelos nórdicos.

Por lo demás, y en lo que atañe no ya al cuidado de hijos o hijas sino al de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida, no se ha impuesto aún el parentesco por consanguinidad como sistema de generación de derechos de conciliación, limitando el parentesco por afinidad a supuestos excepcionales, como fallecimiento, incapacidad o ausencia del cónyuge. En la práctica, ello comporta una nueva disfunción, pues implica que predominantemente sean las mujeres quienes soliciten y disfruten de permisos incluso para cuidar a los parientes de sus cónyuges, centrándose los varones en el trabajo productivo, sin reducción o licencia alguna.

En el caso de la reducción de jornada de progenitores cuyos hijos menores de edad sufren cáncer o enfermedad grave, único supuesto asociado a una prestación de Seguridad Social, el informe pone especial atención en que, aunque se reconoce el derecho individual a los dos progenitores ante estas situaciones, en caso de que ambos dejen de trabajar, sólo se otorga a uno de ellos el derecho al subsidio de la Seguridad Social. Falta, pues, en este caso y respecto de la prestación, un derecho a su individualización.

Por su parte, el permiso para técnicas de preparación al parto se reconoce también en exclusiva a favor de la gestante, sin que se reconozca el derecho al otro progenitor.

Se echa, además, en falta un permiso individual e intransferible de corta duración, una bolsa de horas que podría ser en torno a veinticinco horas anuales –o días de libre disposición–, que podría utilizarse por los progenitores en caso de indisposiciones temporales infantiles o enfermedades banales, que conllevan un

período corto de reposo en casa. Sólo están cubiertas la hospitalización y enfermedades graves, que atienden otro tipo de necesidades. Ese permiso parece incluso obligado a la luz de la cláusula siete del Acuerdo marco (revisado) sobre el permiso parental, que establece la obligación de los Estados miembros o los interlocutores sociales de adoptar medidas conducentes a autorizar a las personas trabajadoras a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador, previendo la posibilidad de limitar dicho derecho a una duración determinada por año o por caso.

En todo caso, en relación con la configuración de los permisos parentales, de conciliación y cuidado, debería prestarse especial atención a la protección que merecen las familias monoparentales.

Ponen de manifiesto también los expertos que las reformas acometidas en España en materia laboral y de Seguridad Social no parten de la consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales, pese a que existen ya pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este sentido. Las reformas acometidas en la pensión de jubilación van a penalizar en la cuantía de las pensiones a personas que no tengan carreras lineales de cotización –fundamentalmente mujeres que hayan entrado y salido del mercado laboral para dedicarse al cuidado de hijos o familiares dependientes–, provocando una mayor brecha pensional entre mujeres y hombres.

Por último, no debe perderse de vista la potencialidad de la negociación colectiva y los planes de igualdad como instrumentos básicos para la conciliación y la corresponsabilidad, a través en buena medida de la flexibilidad horaria, pero también de medidas que fomentan la corresponsabilidad impulsando el disfrute de permisos de paternidad, excedencia

temporales y demás permisos de conciliación por parte de los varones. Debe darse un importante impulso a la inclusión de cláusulas normativas con este tipo de medidas en los convenios colectivos y ahondarse en el sistema de control de su cumplimiento por la Inspección de trabajo. Por su parte, los planes de igualdad deberían contar con un contenido mínimo en materia de conciliación y corresponsabilidad, ratificarse y registrarse por el servicio administrativo correspondiente para conseguir un mayor control de los mismos y debería darse mayor difusión a las buenas prácticas implantadas en los mismos para que sirvieran de inspiración a otros sectores y empresa.

3. NUEVA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

A efectos de consecución de los objetivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y, correlativamente, de corresponsabilidad, la Subcomisión estima necesaria una intervención decisiva en la organización del trabajo, entendida ésta desde una clásica concepción temporal –incidiendo pues en horarios y jornadas–, pero también desde un enfoque “espacial” más novedoso –al concebir el trabajo, en primer término, como actividad y sólo de modo secundario como lugar físico–.

3.1

La redistribución del tiempo de trabajo: flexibilidad horaria y jornada continua

A juicio de la Subcomisión es preciso, en primer término, impulsar, desde múltiples ámbitos y mediante el empleo de variadas herramientas, medidas de flexibilidad horaria, atendiendo –aunque la propuesta no se halla del todo exenta de riesgos desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres– a las necesidades de adaptación de los horarios profesionales a las demandas personales de cuidado o más generalmente de atención del hogar. Y si bien la idea no es novedosa, pues ya la LO 3/2007 introdujo ex art.



34.8 ET¹² el derecho del trabajador a adaptar la distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación, sí debe destacarse el especial énfasis de la Subcomisión en fomentar su implementación efectiva, tal vez para contrarrestar la laxitud del precepto, cuya reforma, sin embargo, no se propone de modo expreso al menos. Así, es recurrente la Subcomisión en apelar a la negociación colectiva y a los planes de igualdad como instrumentos clave para la racionalización y adaptación de horarios, proponiendo, además, ambiciosas alternativas al actual modelo de jornadas prolongadas, partidas –con el consiguiente efecto en la hora de salida– y lineales: el banco de horas y la consiguiente posibilidad de acumulación y compensación de horas de trabajo, flexibilizando entrada y salida del puesto de trabajo, conforman un claro ejemplo de la buena disponibilidad sobre el particular de los miembros de la Subcomisión. Como lo es también la llamada a un doble papel de la Administración Pública: por un lado, como destinataria directa, para con sus empleados públicos, de la flexibilidad horaria¹³, y, por otro lado, a modo de agente “regulador” de las relaciones laborales, llamando a la “necesidad de reconocer y valorar desde las Administraciones el

buen hacer de las empresas” –inclusive a efectos de adjudicación de contratos– o de sancionar, en caso contrario. Con todo, el balance no es todo lo positivo que en principio pudiera parecer: pues, en este mismo rol impulsor parece asimismo querer anclarse, además de Administraciones Públicas, al legislador mismo. Pues, ya en el epígrafe de Recomendaciones, en contraste con el referido tono entusiasta de las Conclusiones, no se halla –más allá de la necesidad, genéricamente expresada, de “una nueva Ley de Conciliación y Corresponsabilidad”– referencia alguna a reformas concretas dirigidas a la subsanación del principal y esencial defecto del derecho de adaptación ex art. 34.8 ET, su condicionamiento, en defecto de pacto colectivo sobre el particular y sin perjuicio del recurso a la vía jurisdiccional (arts. 34.6 ET y 139 LRJS), al “acuerdo a que [se] llegue con el empresario”¹⁴.

Y no puede cerrarse dicha reflexión en torno a la flexibilidad horaria abogada por la Subcomisión sin una mención al menos a lo que se estima una laguna o carencia importante: su concepción en exceso aséptica o “asexuada”, esto es, su tenue transversalidad. La implantación de flexibilidad horaria implica el reconocimiento de que, además de una jornada laboral, existen otras tareas –familiares, de cuidado, educativas, domésticas...– cuya atención precisa inevitablemente de tiempo y disponibilidad. Tiempo y disponibilidad que, habida cuenta la división sexual del trabajo y a falta de medidas de reequilibrio –de corresponsabilidad, a la postre–, serán, fundamentalmente, en no pocas ocasiones incluso, exclusivamente, femeninos. Por lo que, so pena de contribuir a la perpetuación de los roles tradicionales de hombres y mujeres, han de concebirse acciones de flexibilización que procuren, asimismo y además del objetivo inmediato de atención de las citadas tareas, evitar el fenómeno de la doble jornada femenina: compactación de todas las jornadas –de trabajadores y trabajado-

ras–, medidas de impulso dirigidas específica y prioritariamente a la implicación de varones... Ciertamente, la Subcomisión apunta –Conclusión 4.2– la necesidad de “revisar desde la óptica de la conciliación, la corresponsabilidad y la racionalización horaria, el actual tratamiento normativo (...) del parentesco de afinidad como sistema de generación de derechos de conciliación”. Con todo, la referencia, además de puntual, parece, en respuesta por cierto a una demanda unánime de la doctrina, específicamente dirigida a la enmienda del régimen de reducción de jornada, ex art. 37.5 ET, hoy por hoy, concebido para atender al cuidado de familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida.

En línea con la flexibilización de horarios apuntada, insiste la Subcomisión en los beneficios de la implantación masiva de la jornada continua, hasta ahora minoritaria y fuertemente sectorializada. En dicho sentido, coinciden sus miembros en destacar las ventajas que para trabajadores y empresarios implicaría una reducción de la hoy extensa interrupción para el almuerzo: así, sustituida ésta por una breve pausa, los primeros, por un lado, gozarían, al término de la jornada, de un tiempo para el desarrollo de actividades compartidas, y los segundos, por otro lado, habida cuenta el paulatino descenso de la productividad con el transcurrir de las horas, mejorarían el rendimiento de sus trabajadores. Último extremo en que, sin duda con acierto, hace especial hincapié la Subcomisión: la conciliación, en efecto, es presentada como aliada empresarial, esto es, como componente para la mejora de la competitividad, habida cuenta el óptimo aprovechamiento del tiempo de trabajo –superando la periclitada “cultura del presencialismo”–, y como consecuencia, asimismo, de la consecución de una mayor calidad de empleo y de vida, y, a la postre,

12

Precepto posteriormente reformado por Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

13

Es particularmente elocuente el siguiente extracto de las conclusiones: “el objetivo de conciliar debe implantarse con más fuerza si cabe en el ámbito de las Administraciones Públicas, compactando al máximo la jornada laboral en sus centros y adaptando medidas de flexibilidad a puestos y turnos de trabajo”.

14

Sobre el alcance del derecho reconocido por el art. 34.8 ET, *vid.* LÓPEZ BALAGUER, M., “La adaptación de la jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿un derecho individual o un derecho a negociar en convenio?”, en AA.VV. (Dir. FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 249.



de plantillas más "comprometidas y productivas". Y también desde la perspectiva misma del principio de igualdad entre hombres y mujeres y a efectos de consecución de mayor corresponsabilidad entre sexos, es estratégica, como subraya la Subcomisión, una apuesta por jornadas de trabajo compactadas: hoy por hoy, la común exigencia empresarial de elevadas cuotas de presencialidad y disponibilidad, junto con la, de facto, preponderante asunción de tareas extralaborales por las mujeres, generan "una acentuación de las diferencias de género entre progenitores en lo que respecta a la interacción con sus hijos". La jornada partida con interrupción prolongada a la hora de la comida –determinante del consiguiente retraso en la hora de salida– conforma, dicho de otro modo, un destacado impedimento al reparto equilibrado de las funciones de cuidado, domésticas, educativas..., con el consiguiente impacto en términos estrictos de igualdad.

Finalmente, la Subcomisión insiste específicamente en la necesidad de adaptación de los horarios laborales de un sector concreto –el comercio–, requiriendo, previa elaboración de informes que permitan la obtención de datos sobre la realidad española, "un marco de horarios comerciales donde el comerciante y los trabajadores y trabajadoras tengan derecho a conciliar su vida personal, familiar y laboral" (Conclusión 4.1).

3.2

La reducción del tiempo de trabajo. Referencia a la contratación a tiempo parcial

A efectos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, el factor "tiempo de trabajo", además de modularse o adaptarse sin minoración, es asimismo susceptible de una intervención más intensa, en términos no sólo cualitativos, sino también cuantitativos. Alternativa que nuestro ordenamiento contempla genéricamente –en el ya citado art. 34.8 ET, a cuyo tenor tiene el trabajador "derecho a adaptar la duración (...) de la

jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación"¹⁵ –pero también de modo más específico, en virtud de la concurrencia de causas tipificadas –la lactancia (art. 37.4 ET), el nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (art. 37.4 bis ET), el cuidado de un menor a cargo, de una persona con discapacidad, de un familiar que por razones de edad o enfermedad no pueda valerse por sí mismo o de un menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.5 ET)–, siendo la repercusión en las condiciones de empleo, particularmente salariales, variable. Así, mientras la ausencia o reducción de jornada por lactancia –o, en su caso, el permiso resultante de la acumulación pactada– no generan merma alguna de la retribución pactada, en los supuestos restantes la reducción de jornada implica la proporcional minoración de salario, sólo en un supuesto paliado por el reconocimiento de la correspondiente prestación de Seguridad Social –la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave ex art. 135 quater LGSS–. De modo que es notorio el impacto sensible en términos laborales de los referidos derechos de conciliación: no sólo habida cuenta su contribución al fenómeno de la brecha salarial –como por cierto reconoce el Informe en análisis (Conclusión 4.4)–, sino también por relegar a quienes los ejercitan a posiciones de segundo orden en el marco de unas plantillas poco sensibles a la conciliación. La reducción del tiempo de trabajo, en efecto, es inevitablemente concebida como elemento de desprofesionalización, dificultando consecuentemente al extremo la promoción profesional.

Con todo, más allá de la referida advertencia de feminización de los mecanismos de reducción horaria –con el consiguiente impacto negativo en términos retributivos (Conclusión 4.4 ya citada)–, la Subcomisión, a pesar de las divergencias sustanciales existentes, ni siquiera efectúa un tra-

tamiento diferenciado respecto de los instrumentos de flexibilización en sentido estricto, entiendo que éstos últimos también engloban a las reducciones de jornada. Correlativamente, el Informe apunta una única propuesta –por lo demás expresada en términos cuando menos tenues– encaminada a la reversión del referido fenómeno de feminización y en pro de la corresponsabilidad: la ya citada necesidad de revisar "el parentesco de afinidad como sistema de generación de derechos de conciliación", como se ha apuntado a todos luces referida a la demandada erradicación de los familiares por afinidad como sujetos causantes de la reducción de jornada ex art. 37.5 ET.

E igualmente sucinto el tratamiento deparado al trabajo a tiempo parcial, respecto del cual señala la Subcomisión –Conclusión 4.5– que "deben valorarse los efectos que [en materia de conciliación] tiene la realización de horas extraordinarias (...), respetando los derechos de conciliación que se estuvieran ejerciendo por trabajadores y trabajadoras de la empresa en caso de variación de condiciones de trabajo o distribución irregular de la jornada, y teniendo en cuenta que la realización de horas extraordinarias sólo tiene carácter obligatorio si están recogidas en el convenio colectivo". Mandato, ciertamente, referido a la regulación resultante de la reforma operada por Ley 3/2012 y previa, por consiguiente, a la efectuada por RD-ley 16/2013¹⁶, pero que, hallándose esta última en línea con la primera, resulta plenamente vigente. Pues, a la postre, la Subcomisión advierte, aún tímidamente, de posibles efectos adversos, en términos de conciliación, de la flexibilización a favor de la em-

15

Sobre el alcance objetivo del art. 34.8 ET, vid. SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M. A., *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 24.

16

RD-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

presa del contrato a tiempo parcial. Flexibilización en absoluto contrarrestada, aún prohibiéndose de nuevo las horas extraordinarias, por RD-ley 16/2013, en realidad sólo aparente auto-contrarreforma de su predecesora de 2012. Por todo ello, es preciso un recordatorio en clave transversal, de la reciente evolución del contrato a tiempo parcial y, más aún, de su efectiva incidencia en términos de empleo –carácter voluntario o no de la referida contratación, perfil de trabajador a tiempo parcial...¹⁷.

En cuanto a lo primero, se impone la contextualización de la afirmación transcrita: la misma, como se ha in-



17

Para un análisis exhaustivo de la contratación a tiempo parcial desde las ópticas laboral y de Seguridad Social, *vid.*, CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete, 2013, y, más recientemente, "Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social", *AL*, núm. 9, septiembre 2014; así como BARCELÓN COVEDO, S., *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

18

Habida cuenta la ausencia de disposición transitoria.

19

Sobre la aplicabilidad de dicha regla en el marco de la contratación a tiempo parcial –en particular desde la perspectiva del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo–, *vid.* CABEZA PEREIRO, J., "Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial", *AS*, núm. 2, 2012 –base de datos westlaw BIB 2012/658–, pág. 7 y siguientes.

20

Destacando el efecto multiplicador producido por el juego combinado de horas extraordinarias y complementarias, CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades...*, op. cit., pág. 106.

21

El art. 12.4.c) ET precisaba en efecto que el número de horas extraordinarias que se podían realizar sería el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada". Previsión, asimismo, ya presente en el art. 35.2 ET que, con el regreso de las horas extraordinarias a la contratación a tiempo parcial, recobró –eso sí, temporalmente– plena vigencia.

22

Pues, a tenor del art. 12.4.c) ET, último inciso, la suma de horas ordinarias, extraordinarias y complementarias en ningún caso podía exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial ex art. 12.1 ET.

dicado, se vierte vigente la reforma operada, en materia de contratación a tiempo parcial, por Ley 3/2012. Reforma que, si bien no resultó especialmente llamativa –habida cuenta su escaso impacto en la literalidad de la norma (art. 12 ET), pero también la simultánea modificación de otras muchas temáticas más sensibles–, fue, sin duda, especialmente contundente en sus derivaciones. Pues, tras años de prohibición, los trabajadores a tiempo parcial, ya se hallaran vinculados por contratos por tiempo indefinido o de duración determinada y cualquiera que fuese la fecha en que éstos se hubiesen celebrado¹⁸, resultaban habilitados para realizar horas extraordinarias. Habilidad que no suponía un mero retorno al régimen previo al 29 de noviembre de 1999 –fecha de entrada en vigor del RD-ley 15/1998, por el que, con la salvedad de las derivadas de fuerza mayor, se vetó a los trabajadores a tiempo parcial la realización de horas extras–, sino la configuración de un orden nuevo en materia de contratación a tiempo parcial. Pues, vigente la reforma de 2012, los trabajadores a tiempo parcial podían realizar horas ordinarias, horas extraordinarias y, en el marco de contratos a tiempo parcial indefinidos y previo pacto al respecto, horas complementarias –modalidad que, debe subrayarse, nunca antes había convivido con las referidas ho-

ras extraordinarias–. Horas, por lo demás –todas ellas– en no poca medida susceptibles de distribución irregular –e imprevisible para el trabajador–, habida cuenta la aplicación, también en el marco de la contratación a tiempo parcial, del entero régimen jurídico de aplicación a las horas extraordinarias (art. 35 ET) –compensación por descansos incluida–, así como del derecho del empresario a proceder, en defecto de pacto, a la distribución irregular del 10 por 100 de la jornada pactada (art. 34.2 ET)¹⁹. Tan complejo esquema generó una relación laboral sin precedentes en términos de flexibilidad²⁰ y por consiguiente con notables repercusiones para la parte trabajadora, en particular desde la perspectiva de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a la que, paradójicamente, la contratación a tiempo parcial debiera contribuir. Impacto que no revertían los límites al uso o “naturales” –número legal máximo de horas extraordinarias proporcionalmente realizables²¹, configuración misma del contrato a tiempo parcial *ex art.* 12.1 ET²², así como régimen común de descansos diarios y semanales–, ni por supuesto la voluntariedad de las horas extraordinarias, simple formalismo o auténtica quimera, tratándose, como es habitual, de trabajadores precarios con escasa o nula capacidad de negociación. Reflexión aún



plenamente vigente, a pesar de la citada virtual auto-contrarreforma de 2013, en realidad profundización en el esquema ensayado en 2012.

Pues, si bien el RD-ley 16/2013 prohíbe nuevamente las horas extraordinarias, lejos de vetar la posibilidad de ampliación de la jornada ordinaria pactada mantiene, o refuerza si cabe, dicha prerrogativa empresarial: el pacto de horas complementarias, hasta el momento circunscrito a contrataciones por tiempo indefinido, se extiende ahora a contratos temporales –siempre que, en ambos casos, la jornada de trabajo sea al menos de 10 horas semanales en cómputo anual–, pudiendo asimismo el empresario, en el marco de las primeras exclusivamente, proponer “horas complementarias de aceptación voluntaria”. Por lo que, hoy por hoy, todos los trabajadores a tiempo parcial –fijos o temporales, cuya jornada supere el ínfimo umbral señalado– pueden realizar, además de su jornada ordinaria y previo pacto al efecto, horas complementarias –cuyo volumen potencial por lo demás se duplica, en ausencia de pacto convencional, del 15 al 30 por 100 de la jornada ordinaria–, y los primeros, además, pueden desempeñar horas complementarias de aceptación voluntaria, según precisa la norma (art. 12.5.g), último inciso), no computables a efectos de los porcentajes máximos de horas complementarias ex art. 12.5.c) ET. El estimamiento de la jornada de trabajo –habida cuenta asimismo la sensible minoración del plazo con que las horas complementarias previamente pactadas han de preavisarse, de 7 a 3 días, ni siquiera exigibles en el caso de las horas complementarias de aceptación voluntaria–, es, por consiguiente, extremo, generando una suerte “superflexibilidad”, asimismo apuntalada por la configuración de un muy laxo régimen de compensación de la distribución irregular de la jornada ex art. 34.2 ET, por lo que parece igualmente aplicable en el marco del nuevo régimen de contratación a tiempo parcial.

Con todo, sí se comparte con los miembros de la Subcomisión la creencia de que el contrato a tiempo parcial puede conformar un instrumento útil al empresario y al trabajador, sirviendo en particular a las necesidades de conciliación de este último. Por lo que, efectivamente, es necesario –en línea con lo apuntado por la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial y por el Convenio núm. 175 de la OIT²³– fomentar dicha modalidad de trabajo. Pero ello debe hacerse “desde un punto de vista bilateral, para ambas partes del contrato, no sólo para que se animen las empresas a contratar por debajo de la jornada ordinaria”²⁴. El incentivo a la contratación a tiempo parcial requiere, dicho de otro modo, de la dotación de un régimen jurídico racional –que atienda a la que es su finalidad declarada pero incumplida: la compatibilización de trabajo y otras tareas (de crianza, educativas, de cuidado, de formación del propio trabajador, pluriempleo o pluriactividad...)- y justo –preservando el principio de igualdad respecto de trabajadores a tiempo completo–. Empezando por esto último, lo que la Subcomisión califica de “creencia generalizada de que el contrato a tiempo parcial se implanta en sectores menos cualificados y peor remunerados, y que está vinculado a menos oportunidades de formación, menos desarrollo personal y menos protección social”, tal vez conforme una opinión fundada. Típicamente, en efecto –a salvo, tal vez, en los supuestos de “part time” extensos y no marginales–, las tareas desarrolladas por los trabajadores a tiempo parcial son poco cualificadas, monótonas y rara vez implican responsabilidad, generando escenarios de infrautilización y consiguiente frustración de los citados trabajadores y dificultando la promoción profesional –por el difícil acceso a la formación y porque el tránsito al “part time” implica incluso, de por sí, en no pocas ocasiones, degradación profesional–. Incluso, siendo las labores realizadas de igual valor, es evidente la tendencia a que los trabajadores a tiempo parcial cobren

proporcionalmente menos que los trabajadores a tiempo completo comparables, habida cuenta, en particular, la exclusión de los primeros de ciertos complementos salariales o de ciertas percepciones extrasalariales²⁵. Y también en el marco de la protección social, a pesar de los avances operados (RD-ley 11/2013²⁶) –por cierto, tras el impulso decisivo de la jurisprudencia del TC²⁷ y del TJUE²⁸– persisten evidentes e importantes deficiencias²⁹. Así, más allá de cuestiones “culturales” –empleando el mismo calificativo que la Subcomisión–, urge un replanteamiento global del contrato a tiempo parcial. Pues, dada la concurrencia contrastada de las nefastas ca-

23

Convenio, debe subrayarse, no ratificado por España.

24

CABEZA PEREIRO, J., “Trabajo a tiempo parcial: reformas...”, *op. cit.*, pág. 2.

25

Destacando los inconvenientes del trabajo a tiempo parcial, CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español...*, *op. cit.*, pág. 19 y siguientes.

26

RD-ley 11/2013, de 2 de agosto, sobre protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, posteriormente tramitado como proyecto de ley y convertido en Ley 1/2014, de 28 de febrero.

27

En primer término, STC 61/2013, de 14 de marzo, a la que posteriormente se sumaron las SSTC 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril, y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo. En particular, sobre la STC 61/2013, *vid.* LÓPEZ GANDÍA, J., “Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente jurisprudencia del TC (Comentario a la STC 61/2013, de 14 de marzo)”, *RDS*, núm. 61, 2013, pág. 143 y siguientes.

28

STJUE de 22 de noviembre de 2012 (C-385/2011, Asunto Elbal Moreno).

29

Sobre el particular, *vid.* LOUSADA AROCHENA, F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto”, *AS*, núm. 7, 2013 –base de datos westlaw BIB 2013/2139–; así como, FERNÁNDEZ PROL, F., “Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales”, *RDS*, núm. 64, 2013, y, especialmente en materia de desempleo, “Trabajo a tiempo parcial y desempleo: problemáticas actuales y propuestas de futuro”, *AL*, núm. 11, noviembre 2014.



racterísticas señaladas, a menudo, por lo demás, unidas a las inherentes a la temporalidad –generando el fenómeno de la “doble atipicidad”³⁰–, el contrato a tiempo parcial conforma, hoy por hoy, un contrato-refugio o “güeto laboral” para trabajadores, por sus necesidades de conciliación, excluidos de la contratación a tiempo completo. Y siendo tales trabajadores mayoritariamente mujeres –aún tras el impacto de la crisis que, ciertamente, atenuó el sesgo femenino del “part time”–, los tratamientos peyorativos son susceptibles de redundar en discriminaciones indirectas por razón de sexo.

3.3

Flexibilidad espacial

Junto con la flexibilidad en el tiempo de trabajo, también la flexibilidad espacial ha de conformar una de las bases de la conciliación –Conclusión 4.5–. Esto es, en línea con la promoción de un concepto nuevo de productividad, desligado ya de la clásica presencialidad, el trabajo ha de concebirse, primariamente, como actividad, y no como lugar físico, debiendo fomentarse el uso de herramientas que permitan un desarrollo “en movilidad” de las tareas. Así, vinculado el rendimiento a la consecución de objetivos, cualquiera que sea el lugar en que se desarrollen las funciones, las nuevas tecnologías, en cuyo uso y ventajas deben formarse trabajadores

y empresarios, han de erigirse en nuevas aliadas de la conciliación. Concepción no exenta de riesgos –así, en lo relativo al control y acotamiento de la jornada de trabajo– que inevitablemente avoca a la promoción, a modo nuevamente de instrumento para la conciliación, del anteriormente denominado “contrato a domicilio”, hoy, “trabajo a distancia” ex art. 13 ET –por cierto, objeto de reforma, relativamente reciente, por Ley 3/2012 (art. 6). Modalidad respecto de la cual la Subcomisión sí expresa abiertamente sus reticencias –al ser susceptible de “contribuir al aislamiento y el abandono”–, preconizando que “se aborden en la legislación laboral las modificaciones necesarias para su regulación”.

En dicho sentido, debe recordarse que, a tenor del citado art. 13 ET, conforma trabajo a distancia aquel en que la actividad laboral se realiza, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo, bien íntegramente, bien de manera preponderante, en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste³¹. Modo de prestación de los servicios ya expresamente revestido por el legislador de garantías, cuyo cumplimiento y eficacia plantean sin embargo numerosas dudas: carácter eminentemente voluntario, previo pacto escrito (art. 13.2 ET); reconocimiento de idénticos derechos a los disfrutados por trabajadores que prestan sus servicios en el centro de trabajo, debiendo, en particular, percibir “como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones” (art. 13.3 ET); acceso efectivo a la formación profesional, a efectos de favorecer su promoción y ascenso (art. 13.3 ET); derecho de información sobre puestos vacantes de desarrollo presencial, con objeto de impulsar su movilidad (art. 13.3 ET); derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud al amparo de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y normativa concordante (art. 13.4 ET); derechos de representación y partici-

pación colectiva, previa adscripción a un concreto centro de trabajo (art. 13.5 ET). Con todo, siendo la lista de derechos de los trabajadores a distancia nutrida –más aún al sumarse aquellos inherentes al régimen común de aplicación, señaladamente en materia de jornada máxima y tiempos mínimos de descanso– no son menos, ni menos relevantes los peligros que se ciernen sobre los mismos. Peligros –de infraremuneración, prolongación de jornadas, degradación y estancamiento profesional...– que, habida cuenta la difícil supervisión, convierten a menudo los derechos anteriormente citados en poco más que declaraciones de principios. Situación, sin duda y como apunta la Subcomisión, merecedora de una especial atención, más, si cabe, dado el auge reciente del trabajo a distancia, a menudo en la modalidad de “teletrabajo”³². Así, siendo tradicional en ciertos sectores –paradigmáticamente en el textil–, ha cobrado en las últimas décadas un impulso renovado, extendiéndose, fruto de la generalización de las tecnologías de la información, a nuevas actividades –servicios de telefonía, marketing...– en que nuevamente es preponderante la presencia de mujeres.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS COMPLEMENTARIAS

Aunque la conciliación y corresponsabilidad es una cuestión que incide directamente en las familias, afecta a la sociedad en su conjunto y contribuye a frenar la creciente feminización de la pobreza, hasta el punto de resultar muy conveniente no sólo la instauración de políticas públicas que contribuyan directamente a favorecer aquella conciliación, sino también la incorporación de la perspectiva familiar en todas las medidas y políticas, que deberían añadir un informe de impacto familiar similar al de impacto de género, para garantizar un entorno familiarmente responsable –“family friendly”–, así como la implicación y el compromiso de administraciones públicas con políticas públicas transversales de sensibiliza-

30

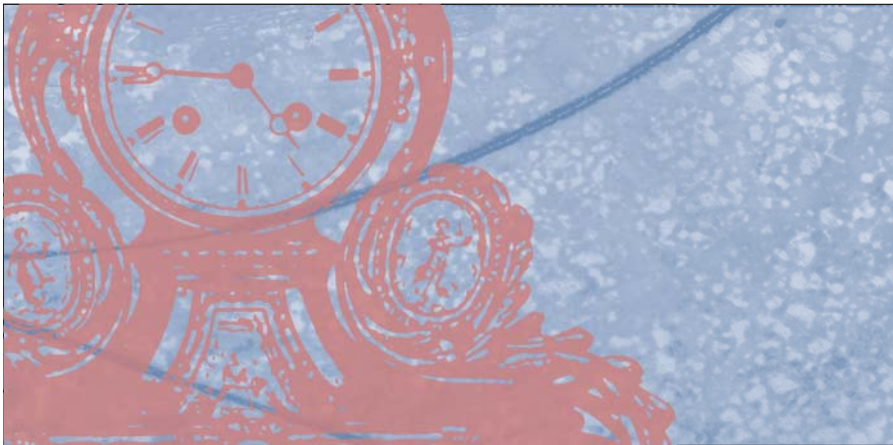
Nuevamente, CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español...*, op. cit., pág. 21.

31

Al trabajo a distancia se refieren, asimismo, el Convenio OIT núm. 177 de 1996 y la Recomendación complementaria.

32

Vid. Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 16 de julio de 2002, suscrito por CES, UNICE/UEAPME y CEEP (y acogido por el ANC-2003), en que se proporciona la siguiente definición de teletrabajo (apartado 2): “forma de organización y/o ejecución del trabajo, que utiliza la tecnología de la información, en el contexto de un contrato o relación de trabajo, donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empresario, es realizado fuera de ese local conforme a unos términos acordados”.



ción a las generaciones más jóvenes y un cambio de cultura que ofrezca alternativas a la prestación del trabajo en jornada presencial a tiempo completo con personas trabajadoras comprometidas y productivas.

4.1

Servicios públicos de cuidado

Además del establecimiento de horarios razonables o la necesaria flexibilización del tiempo de trabajo y un sistema de permisos de conciliación y prestaciones en caso de nacimiento, acogimiento o adopción de menores, para garantizar que las personas trabajadoras puedan atender al cuidado y necesidades de menores y dependientes y mantener su nivel de ingresos y su inserción laboral, las políticas de conciliación deben poner especial énfasis en la creación de servicios de calidad de apoyo a la conciliación y/o en las transferencias monetarias a los trabajadores y trabajadoras, para que puedan adquirir esos servicios de calidad en el mercado, sin que el cuidado de familiares se vincule a la capacidad económica de las familias y de su disponibilidad de tiempo, pues ello es fuente de una gran desigualdad de oportunidades.

La universalización de la educación de 0 a 3 años y adecuados servicios de atención a la dependencia son determinantes para la inserción y promoción profesional de las trabajadoras. Precisamente, son los países que mejores infraestructuras de cuidados ofrecen los que han conseguido colo-

car a las trabajadoras en una situación económica equiparable a la de los varones. Pieza clave es, sin duda, la universalización del derecho a plaza en una escuela de educación infantil al finalizar los permisos parentales, asequibles económicamente para todos los niveles de ingresos y con horarios suficientes, que no aboque a los progenitores a recurrir a reducciones de jornada o excedencias no pagadas.

Lógicamente, el establecimiento de una red adecuada de servicios públicos de cuidados de calidad no puede suponer renunciar a la “parentalidad positiva”. Los niños y niñas no necesitan sólo cubrir necesidades fisiológicas, para lo que los servicios de conciliación pueden suplir fácilmente las figuras parentales, sino que precisan también el afecto, diálogo, normas y seguridad necesarios para desarrollarse de manera psicológica, emocional y socialmente adecuada. Esas tareas y responsabilidades, que competen principalmente a los progenitores y que no resultan en absoluto fácilmente sustituibles por servicios o trabajo pagado, requieren tiempo y deben ser facilitadas y apoyadas por los poderes públicos y las empresas.

Entre los principales problemas con que se encuentran los progenitores para compatibilizar trabajo y familia, junto con las enfermedades leves de niños y niñas, figuran el cuidado de los y las menores de tres años y el desfase entre horarios laborales y escolares, no sólo diario sino también anual, con especial incidencia en las

vacaciones escolares, mucho más amplias que las laborales, aún no escolarizados. La ampliación en la red de guarderías y los servicios, de carácter público, durante las primeras horas de la mañana y por las tardes después del horario escolar –aulas matinales, servicios de madrugadores, desayunos y comidas, actividades extraescolares...– o durante las vacaciones escolares, son las actividades que mejor responden a aquellos problemas

Por otra parte, se precisa igualmente el incremento de servicios públicos para dar apoyo a personas dependientes, la adaptación de horarios de centros de atención a mayores y, cuando la coyuntura lo permita, el incremento de las ayudas económicas para atención a personas discapacitadas de forma crónica. Las modificaciones realizadas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y el RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad –con el aplazamiento de la atención a los dependientes moderados, la reducción del presupuesto, el incremento de las aportaciones de los usuarios, los descuentos sobre las prestaciones concedidas, un plazo suspensivo de dos años y medio para el retraso de ayudas económicas...–, suponen un obvio retroceso en relación con la mejora de la participación de las mujeres en el mercado laboral y la doble jornada, en un país en el que el 94% de las cuidadoras familiares son mujeres.

4.2

Medidas fiscales para empresas y medidas sociales de apoyo a familias

En el ámbito de las empresas y organizaciones en general, la inversión en servicios de escolarización infantil, la ampliación de los permisos parentales, así como una mayor flexibilidad horaria y presencial, asociada a una autonomía en el empleo racional del tiempo de trabajo, el fomento del trabajo a distancia y una gestión igualitaria y favorecedora de la con-



ciliación de los recursos humanos, contribuye sin duda al no apartamiento y a la promoción de la mujer trabajadora en condiciones más igualitarias e incluso a la corresponsabilidad. Parece importante que la Administración pública gratifique de algún modo, mediante beneficios, desgravaciones o exenciones, a las empresas familiar y socialmente responsables, a las empresas que desplieguen Planes de Igualdad o medidas que favorezcan la conciliación, la corresponsabilidad y la racionalización horaria, pese a que esas medidas producen ya per se un impacto positivo en la productividad y la reducción del absentismo y las bajas laborales. Podrían también establecerse, a juicio de la subcomisión, ayudas a las empresas para implantar nuevos modelos de gestión, mediante inversiones bonificadas en tecnología o procesos de asesoramiento y certificación o baremar, en los criterios de adjudicación de contratos públicos, como factor de puntuación la adopción de aquellas medidas.

Por otra parte, los gastos de manutención de una unidad familiar son difíciles de afrontar para muchas familias en un contexto económico como el actual, por lo que deberían fomentarse políticas de apoyo a las familias con dificultades económicas.

4.3

Adaptación de horarios no laborales

La incidencia en el factor “tiempo” no ha de ceñirse, a juicio de la Subcomisión, al elemento tiempo de trabajo –mediante la articulación de las fórmulas de flexibilización y reducción ya vistas–. Es precisa, asimismo, una incidencia de mayor calado que alcance horarios extralaborales –escolares, televisivos, huso horario–, cuya actual configuración –considerada perniciosa en términos de conciliación– es fruto de factores, fundamentalmente sociales y culturales, cuya reversión no se augura fácil. Respecto de los primeros (Conclusión 4.4), la Subcomisión preconiza una adaptación de horarios y calendarios escolares –períodos vacaciona-

les incluidos– a horarios y calendarios laborales, mediante la vuelta a la jornada escolar partida –desterrada de numerosos centros por razones de índole económica pero considerada inadecuada desde la perspectiva de padres y alumnos– y el recurso a servicios complementarios, tales como aulas matinales, comedores escolares, servicios extraescolares y durante las vacaciones escolares.

Y también, y en este caso a modo de complemento a las directrices señaladas en materia de tiempo de trabajo, la Subcomisión apunta asimismo la necesidad de reorientar horarios de ordenación misma de los hábitos cotidianos –de inicio de jornadas, comidas, cenas, regresos al hogar–, como es de entender muy vinculados a cuestiones culturales. A tal efecto, son dos, y de muy diverso calado, las propuestas realizadas. Por un lado, y empezando por la de menor entidad y más fácil implementación, el Informe señala la necesidad de que televisiones públicas y privadas adelanten la emisión de los informativos con objeto de adelantar su horarios prime time antes de las 23 horas (Conclusión 4.7). El objetivo último, como es de entender, no es otro que favorecer un adelanto de la hora de descanso, con objeto de adelantar asimismo el horario de inicio de la jornada laboral, cuya compactación se complementa por lo demás con una nueva llamada a la reducción del tiempo dedicado al almuerzo (Conclusión 4.5). Por otro lado y conformando la propuesta más ambiciosa, la Subcomisión plantea la necesidad de retornar, más de siete décadas después, a la hora solar del meridiano de Greenwich, como es sabido alterada por motivos bélicos durante la Segunda Guerra Mundial. Según razonan los ponentes del Informe, “el hecho de que España (...) no tenga el huso horario que le corresponde, da lugar a que madrugamos demasiado y durmamos casi una hora menos de lo recomendado por la OMS (...)”, lo que “afecta negativamente tanto a la productividad, como al absentismo laboral, al estrés, a la siniestralidad y al fracaso escolar”,

proponiéndose, consiguientemente, la valoración del coste y de las consecuencias de la vuelta al huso horario europeo occidental, en vigor en España antes de 1942 (nuevamente, Conclusión 4.5).

4.4

Pedagogía en torno a la conciliación, la corresponsabilidad y la igualdad

En el marco de las Conclusiones rubricadas “Formación” (4.6) y “Medios de comunicación” (4.7), el Informe enumera múltiples propuestas aquí agrupadas por considerar que redundan, todas ellas, en la común necesidad de realizar una labor pedagógica en torno al concepto de conciliación y, por derivación, en torno a las nociones corresponsabilidad e igualdad entre hombres y mujeres. A tal efecto, la Subcomisión propone utilizar dos canales de comunicación, el clásico canal educativo –implementando contenidos referidos a las materias citadas– y el menos ortodoxo, pero no menos efectivo, canal de los medios de comunicación.

De modo más concreto, el Informe señala la necesidad de educar a las generaciones futuras, por un lado, en nuevos modelos del trabajo, basados en la efectividad y la productividad –como se recordará ya aducidas en defensa de una reordenación de la organización del trabajo– y, por otro lado, como es evidente, en materia de igualdad. Insiste, en dicho sentido, la Subcomisión en la necesidad de implementar una “formación y educación continua y obligatoria en materia de igualdad, incluyendo también el concepto de corresponsabilidad en los currícula, favoreciendo de esta manera modelos de convivencia igualitaria”.

Los medios de comunicación, por su parte, son llamados a la sensibilización de la ciudadanía mediante campañas en las materias de igualdad, no discriminación por razón de sexo y corresponsabilidad –por ejemplo y en relación con esto último, generalizando contenidos que contribuyan a reforzar “el papel de los hombres



en el cuidado”. Papel, pues, proactivo que debe asimismo, acompañarse, según indicación expresa de la Subcomisión, de la total erradicación de contenidos sexistas y que contribuya a la perpetuación de estereotipos de género. Ya desde otro enfoque, el informe incluye la propuesta de realización de campañas de sensibilización dirigidas, en este caso, a enaltecer el valor del elemento “tiempo”, instando a la necesidad de velar por su óptima gestión y, correlativamente, de respetar el de los demás.

5. CONCLUSIONES

Fruto de las comparencias celebradas y a la vista de las conclusiones alcanzadas, la Subcomisión formula cuatro Recomendaciones de corte eminentemente genérico: la adopción de una nueva Ley de Conciliación y Corresponsabilidad, la modi-

ficación de los actuales permisos de maternidad y paternidad –a corto plazo, ampliando este último, a las cuatro semanas inicialmente previstas, “en cuanto la situación económica lo permita”–, la realización de estudios socioeconómicos en torno al impacto económico global de un retorno al huso horario de Greenwich, y, finalmente, la necesidad de relanzar, tras un período de aletargamiento, las políticas de conciliación, corresponsabilidad e igualdad. Y es que, más allá de las concretas Recomendaciones formuladas, dos ideas claramente subyacen en todas ellas. Por un lado, el reconocimiento explícito de la regresión operada en materia de igualdad y no discriminación por razón de género como consecuencia –o con ocasión– de la crisis, percepción generalizada entre expertos y que en el Informe analizado se confirma con total crudeza.

Por otro lado y aún a pesar del referido balance negativo, la ausencia de compromiso firme de reversión del mismo a corto y medio plazo, habida cuenta fundamentalmente dos circunstancias: la priorización de objetivos de empleo y, más aún, puramente económicos –con expresa mención al objetivo de reducción del déficit–, y la concepción, más preocupante si cabe, de que la mejora en el terreno económico, de por sí, habrá de saldarse con más altas cuotas de conciliación, corresponsabilidad y, por ende, igualdad –especie, pues, de teoría del “laissez faire, laissez passer” con derivaciones naturales en un ámbito en el que, hasta el momento, sólo las políticas proactivas han arrojado resultados satisfactorios–.

Fecha de recepción: 31/10/2014.
Fecha de aceptación: 13/11/2014.

BIBLIOGRAFÍA:

AA.VV. (Dir. CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

AA.VV. (Dir. CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012.

AA.VV. (Dir. CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *Reconciliation, Corresponsability and Employment: International Experiences*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

BARCELÓN COVEDO, S., *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

CABEZA PEREIRO, J., *¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?*, Aranzadi Social, núm. 6, 2010 –base de datos westlaw BIB 2010\1242–.

CABEZA PEREIRO, J., "Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial", AS, núm. 2, 2012 –base de datos westlaw BIB 2012/658–.

CABEZA PEREIRO, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete, 2013.

CABEZA PEREIRO, J., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, AL, núm. 9, septiembre 2014.

FERNÁNDEZ PROL, F., “Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales”, RDS, núm. 64, 2013.

FERNÁNDEZ PROL, F., “Trabajo a tiempo parcial y desempleo: problemáticas actuales y propuestas de futuro”, AL, núm. 11, noviembre 2014.

LÓPEZ BALAGUER, M., “La adaptación de la jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿un derecho individual o un derecho a negociar en convenio?”, en AA.VV. (Dir. FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012.

LÓPEZ GANDÍA, J., "Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente jurisprudencia del TC (Comentario a la STC 61/2013, de 14 de marzo)", RDS, núm. 61, 2013.

LOUSADA AROCHENA, F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto”, AS, núm. 7, 2013 –base de datos westlaw BIB 2013/2139–

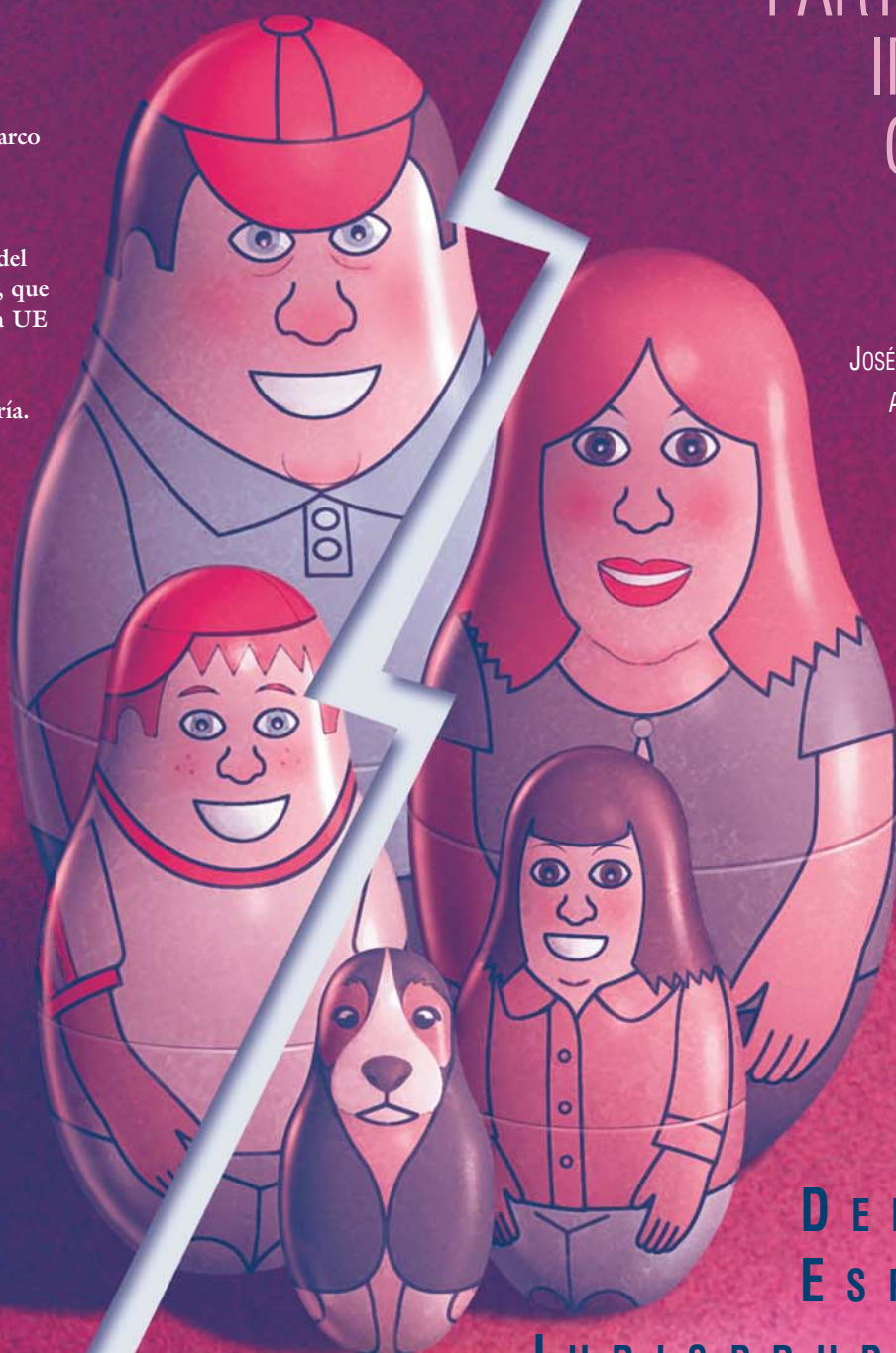
SALA FRANCO, T. y BALLESTER PASTOR, M. A., *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida*

[CONTRIBUTION TO RAISING AND EDUCATING EXPENSES OF THE CHILDREN OF SEPARATED PARENTS, PARTICULARLY IN SHARED CUSTODY]

*Estudio preparado en el marco del Grupo de Investigación consolidado 2011-S29 de la DGA, denominado "Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés" (IDDA), que cuenta con financiación de la UE (fondos FEDER), y cuyo investigador principal es el Prof. Jesús Delgado Echeverría.

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA.
Acreditado como Catedrático de Derecho civil
Profesor Titular en la Universidad de Zaragoza.



DERECHO
ESPAÑOL

JURISPRUDENCIA



RESUMEN

Como algo distinto del deber de asistencia mutua entre padres e hijos, el deber unilateral de los padres de criar y educar a sus hijos es propio de la minoría de edad de éstos, pero, excepcionalmente, puede continuar si los hijos mayores de edad no han completado su formación. El deber de crianza y educación de los hijos afecta igualmente a los padres separados, que deben contribuir a los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios en proporción a sus recursos económicos, teniendo uno al hijo consigo y el otro pagando una pensión (custodia individual), o teniendo al hijo los dos por turnos y asumiendo cada uno su parte de gastos (custodia compartida).

Palabras clave: Relación paterno-filial; deber de criar y educar a los hijos; contribución de los padres separados; custodia compartida.

ABSTRACT

As something other than the duty of mutual assistance between parents and children, the one-sided duty of parents to raise and educate their children is typical of the stage of being under age, but, exceptionally, it can continue if the overage children have not completed their training. The duty of raising and educating children affects separated parents equally, who must contribute to the required ordinary and extraordinary necessary expenses in proportion to their economic resources, either one having the child and the other paying a pension (individual custody), or having the child both in turns and each assuming their share of expenses (shared custody).

Keywords: Relationship between parents and children; duty of raising and educating children; contribution of separated parents; shared custody.

I. LOS GASTOS DE CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS CUANDO LOS PADRES CONVIVEN ENTRE SÍ

El tema objeto de estudio forma parte de las relaciones entre padres e hijos, que son relaciones que entre españoles se rigen por la ley de la vecindad civil del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la ley de la residencia habitual del hijo¹.

Por esta razón, el objeto principal del estudio serán las normas del Derecho civil aragonés sobre la materia, que desplazan a las del Código civil y son las aplicadas en Aragón en la mayoría de los casos, e intentaré reflejar el estado de la cuestión fundamentalmente a partir de lo dicho sobre ellas por la jurisprudencia aragonesa.

Antes de abordar el análisis de la contribución a los gastos de asistencia, o mejor de crianza y educación, de los hijos en custodia compartida, que nos colocaría de lleno en una situación de falta de convivencia entre los padres, vamos a examinar, aunque sea brevemente, cómo es el régimen de los gastos de crianza y educación de los hijos cuando los padres conviven entre sí, lo que nos permitirá comprobar que tras la separación de los padres la relación paterno filial, en lo jurídico, no cambia demasiado. Así que primero vamos a hablar del deber general de asistencia mutua entre padres e hijos, durante toda su vida, y después del deber de los padres de criar y educar a sus hijos durante su minoría de edad y, excepcionalmente, también cuando siendo mayores o emancipados concurren los presupuestos y se está dentro de los límites fijados por la ley.

1

El deber de asistencia mutua entre padres e hijos.

El art. 58.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDEFA), procedente de la Ley de Derecho de la persona de 2006, establece de forma novedosa en el Derecho comparado que *padres e hijos se deben mutuamente, durante toda su vida, respeto, ayuda y asistencia*. La relación de filiación entre padres e hijos es bilateral y estos deberes son recíprocos o mutuos, no son exclusivos de la minoría de edad del hijo, ni dependen de que los padres tengan la autoridad familiar o su ejercicio,

1

Así se desprende de los arts. 16.1 y 9.4 Cc. y de lo dicho por la jurisprudencia: vid., por todas, STC 185/2012, de 17/10; Ss. TSJA 8/2011, de 13/7, y 43/2012, de 21/12.



tampoco de que exista o no convivencia entre padres e hijos (salvo para el deber de contribución).

El deber de asistencia se desdobra en la obligación recíproca de padres e hijos de prestarse alimentos legales conforme a los arts. 142 y ss. del Código civil y en la de contribuir todos ellos personal y/o económicamente, durante la vida en común, de forma equitativa y de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 58.2 CDFEA). La obligación de alimentos se da tanto si hay convivencia como si no, mientras que el deber de contribución sólo existe durante la vida en común.

Ciertamente, durante la minoría de edad del hijo, los deberes de los padres respecto de éste no son iguales sino menores que los deberes del hijo para con sus padres; pero pensados como deberes que duran toda la vida de padres e hijos pueden formularse como recíprocos y mutuos. Además, la obligación de los

padres de contribuir personal y económicamente a la satisfacción de las necesidades familiares (arts. 187 y 307 CDFEA), no impide que, como dice el art. 187.3 CDFEA, también los hijos, cualquiera que sea su edad y mientras convivan con sus padres (juntos o por separado), deban contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares conforme a lo previsto en los arts. 66 (contribución personal), 67 (contribución económica) y 70 (contribución de los hijos mayores de edad convivientes) del CDFEA².

2

La crianza y educación de los hijos durante su minoría de edad.

Junto a los deberes del art. 58 CDFEA, que no dependen de la que los padres tengan la autoridad familiar sobre los hijos ni de la minoría de edad de éstos, desde la determinación de la filiación, y como un efecto suyo, hasta la emancipación o mayoría de edad del hijo, los padres tienen además, con preferencia sobre la obligación de alimentos legales, el deber unilateral de criar y educar a los hijos menores (arts. 63 y 65 CDFEA), deber que se mantiene tras la ruptura de la convivencia de los padres debidamente adaptado al tipo de guarda y custodia que se establezca (art. 77 y 82 CDFEA) y que no se extingue aunque alguno de los padres (o ambos) forme pareja estable o contraiga nuevo matrimonio con un tercero (STSJA 12 mayo 2008). Este deber, mientras existe, es parte de la más amplia obligación de los padres de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares, y su presencia no elimina la correlativa obligación de los hijos de contribuir equitativamente a las necesidades familiares durante la vida en común.

Ambos padres son, en principio, titulares por igual del deber de crianza y de la autoridad familiar necesaria para poderlo cumplir (titularidad conjunta que es propia del

Derecho tradicional aragonés); la autoridad familiar es el poder de dirigir la vida del menor para cumplir el deber de criarlo y educarlo, el ejercicio de esta función corresponde a ambos padres en la forma que indican los arts. 71 a 74 CDFEA. Así que el deber de crianza y educación, que es externo y previo a la autoridad familiar, sirve a ésta de fundamento y medida, pues sólo se tiene la autoridad “adecuada” para cumplirlo (art. 63 CDFEA).

El deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad (art. 39.3 CE), de acuerdo con sus posibilidades, comprende, entre otros deberes y derechos que forman parte del contenido de la crianza y educación de los hijos, el de proveer a su “sustento”, “habitación”, “vestido” y “asistencia médica”, así como el de “educarlos y procurarles una formación integral” (art. 65.1, letras b y c CDFEA).

3

Los gastos de los hijos mayores o emancipados en formación.

Como regla general, al llegar el hijo a la mayoría de edad o emancipación se extingue la autoridad familiar de los padres (art. 93.1.a CDFEA) y con ella su deber de criarlo y educarlo, pero se mantiene el deber de asistencia mutua del art. 58.2 CDFEA (obligación de alimentos y deber de contribuir a las necesidades familiares durante la vida en común); no obstante, excepcionalmente³, cuando se dan los presupuestos del art. 69.1 CDFEA y dentro de sus límites⁴, se mantiene también de modo ininterrumpido el deber unilateral de los padres, ahora desprovistos de autoridad familiar sobre los hijos, de costear sus gastos de crianza y educación, lo que evita a los hijos mayores o emancipados sin recursos propios tener que acudir al régimen más exigente de la obligación de alimentos⁵.

2

Sobre las relaciones entre ascendientes y descendientes en Aragón tras la reforma de 2006 puede consultarse: Merino Hernández, Escudero Ranera, gil Noguerras y Latorre Martínez de Baroja: *Manual de Derecho Aragonés de la Persona*, Zaragoza, 2009, págs. 171 a 272; Merino Hernández, Mata Rivas y Gil Noguerras: *Memento Experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 79 a 108; Parra Lucán, M^a Ángeles: “La familia en el Derecho civil de Aragón”, en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, págs. 763 a 805; Parra Lucán, M^a Ángeles: “Relaciones entre ascendientes y descendientes”, en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (dir. Jesús Delgado Echeverría, coord. María Ángeles Parra Lucán), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 4^a ed., 2012, págs. 165-178 y 188 a 202.

3

Como excepción a la regla general del 93.1.a CDFEA: Ss. TSJA 12/5/2010, 11/2011, de 30/11, 20/2012, de 9/5, 4/2013, de 5/2.

4

No es ni puede ser por tiempo indefinido, para no favorecer un “parasitismo social”: STSJA 8/2009, de 2/9.

5

Vid. Ss. TSJA 16/2012, de 16/4, 4/2013, de 5/2 y 24/2013, de 17/6.



Son presupuestos para el mantenimiento de este deber⁶, que el hijo mayor o emancipado no haya completado aún su formación⁷, razón por la que estará próximo todavía a la minoría de edad, y que no tenga independencia económica⁸. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación tiene recursos propios suficientes o ha completado su formación profesional⁹, no hay posibilidad de aplicar el art. 69 CDFa.

Dándose los presupuestos indicados, el deber de los padres no se prolonga de forma indefinida, ni hasta que los hijos alcancen la independencia económica, sino que sólo se mantiene dentro de los límites legales:

a que, atendiendo al tiempo de duración y a las circunstancias económicas de la familia, sea razonable, dada la diligencia del hijo, exigirles aún su cumplimiento¹⁰;

b que el tiempo normalmente requerido para que la formación del hijo se complete no se haya sobrepasado. Y, en todo caso, con el límite de los 26 años de edad¹¹.

Desaparecido alguno de sus presupuestos o sobrepasado alguno de sus límites, este deber de los padres se extingue, y a partir de ese momento queda a salvo el derecho del hijo a reclamar por otro título: por la vía del régimen general de alimentos de los arts. 142 y ss. del Código civil y previa acreditación de su situación de necesidad, no imputable a él o causada por su falta de diligencia. Ese derecho de alimentos del hijo se extingue en los términos prevenidos en el art. 152 Cc.¹² La mayoría del TSJA ha entendido que esa reclamación de alimentos con fundamento en los arts. 142 y ss. del Código civil también puede hacerse por un padre al otro en los procesos matrimoniales por la vía procesal del art. 93.2 Cc. Hay un voto particular, mejor fundado, que considera inaplicable en Aragón el art. 93.2 Cc.¹³

II. LOS GASTOS DE CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS CUANDO FALTA LA CONVIVENCIA ENTRE LOS PADRES

1 Mantenimiento de los derechos y obligaciones existentes durante la situación de convivencia de los padres, modalizados por el sistema de guarda y custodia establecido ahora.

Si los padres no conviven entre sí, porque no han convivido nunca o porque se ha producido la ruptura de su convivencia previa¹⁴, los derechos y obligaciones para con los hijos a su cargo no son distintos de los que existen en la situación de convivencia entre los padres. Expresamente indica el art. 76.1 CDFa que *la ruptura de la convivencia de los progenitores [o su falta de convivencia] no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar*, de modo que la titularidad y ejercicio dual de la autoridad familiar, así como el contenido del deber de crianza y educación de los hijos menores (arts. 63 a 74 CDFa), se mantienen aunque falte la convivencia entre los padres. La falta de convivencia de éstos tampoco afecta a los principios y a la naturaleza de la relación paterno filial, ni a los derechos y obligaciones entre padres e hijos derivados de la filiación (arts. 58, 59 y 60 CDFa). Por último, la falta de convivencia entre los padres tampoco afecta a su deber de continuar sufragando los gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados en formación cuando se den los presupuestos del art. 69 CDFa y dentro de sus límites.

Cuando falta la convivencia entre los padres, a todos los hijos a su cargo, ya sean mayores o menores de edad, les resultan ahora de aplicación las previsiones del art. 82 CDFa sobre la contribución de los padres a los gastos de asistencia (crianza y educación) de los hijos. Se mantienen los

6 Vid., por todas, Ss. TSJA 4/2013, de 5/2 y 24/2013, de 17/6.

7 Manteniendo al efecto una actitud diligente: STSJA 2/9/2009.

8 La independencia económica al alcanzar la mayoría de edad o emancipación impide la prolongación del deber de crianza y educación y éste deber ya no puede constituirse luego *ex novo*: STSJA 16/2012, de 16/4.

9 La formación profesional no incluye la preparación de oposiciones ni la obtención de una especialización ni segundos estudios: Ss. TSJA 11/2011, de 30/11, 15/2011, de 30/12, 23/2012, de 4/7.

10 Respecto de las malas relaciones paterno-filiales, dice la STSJA 15/2014, de 28/3 que sólo si obedecieran a un ingrato y caprichoso proceder del hijo, podría, en su caso, plantearse la irrazonabilidad de continuar con el pago ex art. 69 CDFa.

11 Sobre los límites de este deber vid. Ss. TSJA 15/2011, de 30/12, 16/2012, de 16/4, 20/2012, de 9/5, 23/2012, de 4/7, 4/2013, de 5/2.

12 Vid. Ss. TSJA 16/2012, de 16/4, 23/2012, de 4/7, 4/2013, de 5/2.

13 Vid. Ss. TSJA 10/2012, de 21/3, 24/2013, de 17/6, 15/2014, de 28/3.

En la doctrina pueden consultarse las importantes aportaciones de Bayod López (Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites), Bonet Navarro (Las pretensiones de alimentos, educación y crianza de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales de sus progenitores), Pastor Eixarch (Convivencia de padres e hijos mayores de edad en Aragón: notas sobre los efectos jurídico-prácticos de la regulación del CDFa), y Lacruz Mantecón (Convivencia con hijos mayores de edad. Contribución de los hijos y reglas de la casa. ¿Cómo hacerlas valer?), todas ellas contenidas en Bayod, Carmen y Serrano, José Antonio: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, IFC, Zaragoza, 2014.

14 La previa convivencia entre los padres no es un presupuesto necesario para la aplicación de las medidas de los arts. 75 y ss. CDFa que atienden al derecho de los hijos a relacionarse con los padres y al de éstos a la igualdad en sus relaciones con sus hijos: STSJA 18/2013, de 25/3.



derechos y obligaciones entre padres e hijos pero, al no vivir juntos los padres, resultan modalizados ahora en su ejercicio y en su consistencia por el sistema de guarda y custodia que se establezca. El ejercicio ordinario de la autoridad familiar corresponde al padre que en cada momento tiene a los hijos consigo (como padre custodio o por derecho de visitas), en todo lo demás deciden ambos padres como titulares de la autoridad familiar y de su ejercicio.

2

Sistemas de guarda y custodia. Su determinación.

La expresión guarda y custodia es propia de las relaciones de los hijos con sus padres cuando éstos viven separados y hace referencia básicamente a la convivencia inmediata y directa de los hijos menores (o incapacitados) con cada uno de sus progenitores, convivencia a la que va ligada en cada momento tanto el cuidado personal y directo de esos menores como la capacidad para la toma diaria de las decisiones menos relevantes, así como de las decisiones urgentes o que no admitan demora¹⁵.

Los tipos principales de custodia son la compartida por ambos padres (mejor: custodia alterna) y la individual o exclusiva de uno de ellos, pero también se dan algunos casos de custodia repartida (un hijo con un padre y otro con el otro; un hijo en custodia individual, el otro en cus-

todia compartida) y mixta (un tiempo de custodia individual y luego custodia compartida).

A

El pacto de relaciones familiares.

En la búsqueda de la mejor solución para regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, hay que atender, en primer lugar, a lo acordado en el pacto de relaciones familiares si lo hay. El pacto de relaciones familiares ha de concretar, como mínimo, los extremos indicados en el art. 77.2 CDEFA, entre los que cabe destacar *el régimen de convivencia* [custodia para los menores, convivencia para los mayores de edad o emancipados] *o de visitas con los hijos* (letra a), sin que los padres estén vinculados por la preferencia que el legislador concede a la custodia compartida en el art. 80.2; otro extremo a destacar es el de la contribución de cada padre a los gastos de los hijos, *incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios* (letra d), de manera que tanto pueden ser hijos menores como mayores en formación de los del art. 69, e incluso hijos mayores en situación de pedir alimentos legales. La mediación familiar, extra o intraprocesal, puede servir para facilitar el acuerdo entre los padres (art. 75.3 CDEFA).

B

La guarda y custodia como medida judicial. Preferencia legal por la custodia compartida.

En defecto, total o parcial, de pacto de relaciones familiares, o si no fuera aprobado por el Juez en todo o en parte (art. 77.5 CDEFA), y si las partes no alcanzan un acuerdo en cualquier momento del proceso (art. 770.5^a Lec.), corresponde al Juez determinar las llamadas “medidas definitivas” que van a regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los padres, y debe hacerlo teniendo en cuenta los criterios que se establecen en los artículos del Código del Derecho Foral de Aragón para la guarda y custodia de los hijos (art. 80), la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar (art. 81), los gastos de asistencia a los hijos (art. 82) y la asignación compensatoria (art. 83).

En ausencia de acuerdo entre los padres y aunque no haya sido solicitada por ninguno de ellos, dice el art. 80.2 CDEFA que *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente*. Esta preferencia legal por la custodia compartida resulta también de lo dicho en los arts. 80.5 y 79.5 CDEFA, y justifica la existencia de la DT 6^a.2 CDEFA (STSJA 41/2012, de 19/12), pues supone un cambio del esquema tradicional del Código civil aplicable en Aragón

15

Vid. Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 144-145. La bibliografía específica sobre la regulación aragonesa de la guarda y custodia, que va siendo notable y de calidad, puede verse en mis obras “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza-Huesca, 2012, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, págs. 181-294; “Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón”, en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón*, cit., 2014, pp. 13 a 85.





con anterioridad que daba preferencia a la custodia individual, en la práctica a favor normalmente de la madre. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores (Preámbulo 10)¹⁶.

El legislador aragonés, en aplicación del art. 39.2 y 4 de la Constitución, ha concretado que la custodia compartida es el sistema que como regla general mejor recoge el interés de los menores y de esa concreción legal explícita, que es norma imperativa, debe partir la decisión judicial. La preferencia por la custodia compartida sólo se excepciona si se justifica suficientemente que la custodia individual es más conveniente, si bien la suficiencia o insuficiencia de la justificación dada por el Juez es cuestión revisable en apelación y casación para comprobar si en el caso concreto se ha protegido adecuadamente al acordar la custodia individual el principio del interés del menor, que es el principio rector en la interpretación de las normas relativas a la guarda y custodia¹⁷.

Lo decisivo en la custodia compartida es que cada uno de los padres separados convive con sus hijos en situación de igualdad, aunque no es preciso que la igualdad sea absoluta (basta con un 40-45 % de tiempo de convivencia). Admite multitud de modalidades (por días, semanas, cada dos semanas, por meses, bimestres, trimestres, etc.), y en cada caso hay que elegir la que mejor se adapte a las circunstancias de la situación familiar.

III. LA CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DE CRIANZA Y EDUCACIÓN DE HIJOS DE PADRES SEPARADOS¹⁸

1 Gastos de asistencia a los hijos a cargo. Clases.

El art. 82.1 CDEFA¹⁹ establece la obligación de los padres que no conviven de *satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo*, es-

tos hijos son, sin duda, los menores o incapacitados sometidos a autoridad familiar, pero también, en especialidad propia del Derecho civil aragonés, los que, aun siendo mayores de edad o emancipados y capaces, se encuentren en la situación prevista en el art. 69 CDEFA, esto es, los hijos que, no habiendo terminado su formación carezcan de recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educación. Sólo cuando deje de existir esta obligación del art. 69 CDEFA, más beneficiosa para el hijo, será de aplicación en Aragón la obligación de alimentos en sentido estricto de los arts. 142 y ss. del Cc. (STSJA 24/2013, de 17/6). El art. 82 CDEFA se refiere a los gastos debidos en cumplimiento del deber de crianza y educación (art. 65.1. b y c CDEFA) a los hijos a cargo en caso de ruptura, no a los alimentos legales para hijos mayores²⁰.

Dentro de los gastos de asistencia (o de crianza y educación) a los hijos a cargo, el art. 82 CDEFA distingue en primer lugar los gastos ordinarios, y nos dice que la contribución de los progenitores a ellos se determinará en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres (art. 82.2), así como que su realización puede ser compartida o separada teniendo en cuenta el régimen de custodia, y que si es necesario se fijará un pago periódico entre los padres (art. 82.3). Gastos ordinarios de crianza y educación de los hijos son todos los incluidos en las letras b y c del art. 65.1 CDEFA en cuanto sean previsibles y periódicos.

Los gastos de crianza y educación del hijo que no sean previsibles ni periódicos tienen la consideración de gastos extraordinarios, y según el art. 82.4 CDEFA pueden ser necesarios o no necesarios: los primeros *serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles*; mientras que los no necesarios *se abonarán en función de los*

acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. La distinción entre un tipo u otro de gasto extraordinario es importante porque su régimen legal es muy diferente.

Pero la variedad de gastos de crianza y educación imprevistos o no habituales es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada. Hay acuerdo en que son extraordinarios necesarios los gastos sanitarios (médicos, intervenciones quirúrgicas, ópticos, prótesis dentales, farmacéuticos, etc.) no cubiertos por un seguro médico público o privado. Pero, al margen de dichos gastos, no existe un criterio jurisprudencial uniforme sobre qué gastos son extraordinarios y, mucho menos, para calificarlos de necesarios o no necesarios. Dependerá

16

El TSJA ha destacado en numerosas ocasiones esta preferencia legal por la custodia compartida: Ss. 13/2011, de 15/12; 30/2012, de 28/9; 21/2013, de 30/4; 12/2014, de 4/3, entre otras muchas.

17

Vid. Ss. TSJA 15/2012, de 12/4; 21/2013, de 30/4; 13/2014, de 13/3, entre otras muchas.

18

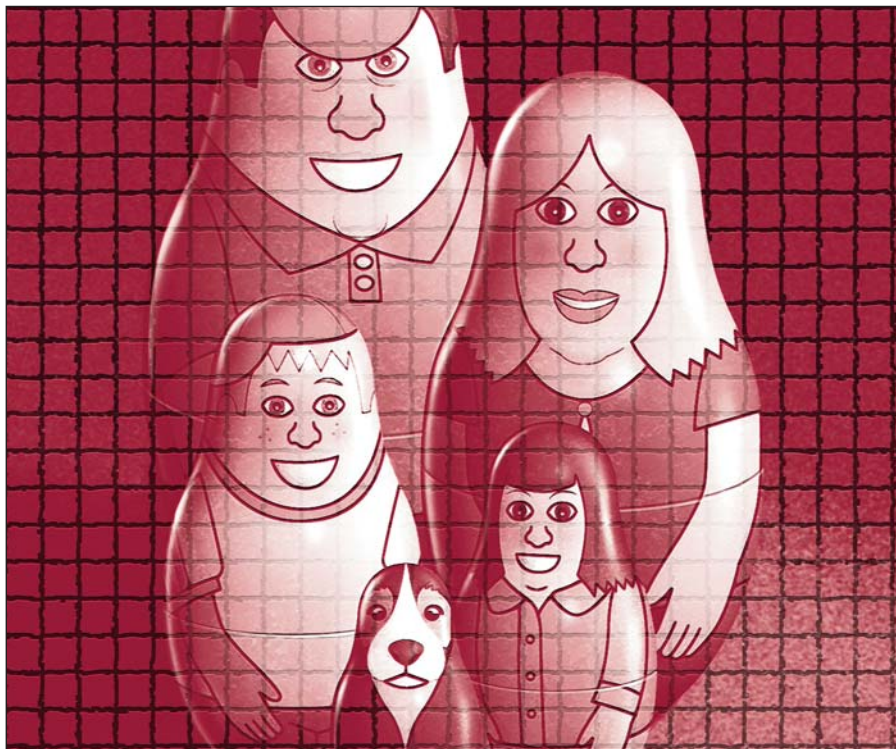
Este apartado y el siguiente los he construido a partir de las páginas que en mi citada obra de 2013 dedico a los gastos de asistencia a los hijos (págs. 239 a 243), prescindiendo del aparato de notas, y teniendo en cuenta alguna jurisprudencia posterior, así como el detallado y completo estudio de López Azcona, Aurora: "Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: Atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos", en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón*, cit, 2014, pp. 105 a 118 (en particular, pp. 105-118).

19

Cfr. arts. 93 Cc., 233-4 Cc. Cat, 7 Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril.

20

Sobre la distinción entre gastos de crianza y educación, por un lado, y alimentos en sentido estricto, Vid., entre otras, STC 57/2005, de 14 de marzo, STS 30 marzo 2012, STSJA 12 mayo 2010, citadas por la STSJA 24/2013, de 17 de junio, que añade que normalmente los meros alimentos entre parientes son de un monto menor, pero que en el seno de un procedimiento matrimonial al amparo del art. 93.2 Cc. no es habitual en la pequeña jurisprudencia hacer distinciones.



21 Ss. TSJA 2/2012, de 11/1; 13/2012, de 9/4; 41/2012, de 19/12.

22 Ss. TSJA 30/9/2011, 15/12/2911; APZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17/1; 111/2012, de 28/2.

23 Ss. TSJA 2/2012, de 11/1, 15/2012, de 12/4, 42/2012, de 20/12.

24 Ss. TSJA 32/2012, de 16/10, 22/2013, de 20/5, 27/2013, de 1/7, 30/2013, de 30/9, 16/2014, de 9/5; ATSSJA 27/6/2014. En la interpretación del criterio de proporcionalidad del art. 82 CDFa ha de seguirse el mismo criterio mantenido por la jurisprudencia del TS en relación al principio de proporcionalidad del art. 146 Cc.: “corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el TS a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 Cc., de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación”. Así lo dice, entre otras, la STSJA 50/2013, de 18/12.

25 Vid. Ss. TSJA 22/2013, de 20/5, 22/2014, de 11/6; cfr. 233-20.7 Cc. Cat.

26 Sobre el *mínimo vital* vid. López Azcona, op. cit., págs. 108-110.

del caso concreto y sus circunstancias, así como de la fortuna de la familia y de lo que los padres consideren necesario o conveniente para sus hijos. A falta de conformidad, deberá recabarse el previo consentimiento del otro para efectuarlos justificándole suficientemente la necesidad del gasto y su coste. En último término, requieren autorización judicial, a excepción de los urgentes e inaplazables²¹.

En todo caso, las sentencias suelen decir que no se admitirá la reclamación dineraria entre progenitores de ningún gasto extraordinario del tipo que sea que no haya sido consensuado previamente de forma fehaciente entre las partes o, a falta de acuerdo, haya sido aprobada su procedencia judicialmente, salvo que se trate de gastos médicos urgentes e inaplazables no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico²².

2 Contribución proporcional a los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios.

La contribución de los padres, tanto a los gastos ordinarios como a los extraordinarios necesarios, es propor-

cional a sus recursos económicos (apartados 1, 2 y 4 del art. 82 CDFa)²³. En la determinación de la contribución, además de a los recursos económicos de los padres, hay que atender a las necesidades de los hijos, así como a los recursos que éstos puedan tener. Esto último está dicho sólo para los gastos ordinarios pero cabe predicarlo con mayor motivo para los gastos extraordinarios necesarios. El juicio de proporcionalidad corresponde al ámbito de discrecionalidad de los Tribunales de instancia y no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional, y en tal caso mediante motivo por infracción procesal por la vía del art. 469.1.4 Lec.²⁴.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar, si ésta pertenece en todo o en parte al padre que no es beneficiario del uso, tiene una clara relevancia patrimonial que ha de ser valorada como contribución en especie al fijar los gastos de asistencia de los hijos a cargo, entre los que se encuentra la necesidad de habitación²⁵.

Ahora bien, la precaria situación económica de un padre puede justificar una reducción de su pensión de asistencia a los hijos, pero nunca una exoneración de su deber de cubrir el mínimo vital indispensable para el sustento de los hijos. El principio de proporcionalidad se difumina cuando se trata de las necesidades comprendidas en el llamado mínimo vital imprescindible para la subsistencia de los hijos (SAPZ, Secc. 2ª, 123/2913, de 30/3)²⁶.

3 Custodia individual: realización separada de los gastos ordinarios y pago periódico de la pensión de alimentos a los hijos por el padre no custodio.

En el régimen de custodia individual los gastos ordinarios los realiza el padre custodio y se impone al otro la obligación de pagarle una



pensión de alimentos para los hijos (82.3 CDEFA), normalmente por meses, actualizable anualmente por referencia al IPC y modificable por la concurrencia de causas o circunstancias relevantes (art. 79.5 CDEFA); el padre custodio, por su parte, contribuye satisfaciendo los gastos que comporta tener a los hijos en su casa y en su compañía (STSJA 41/2013, de 30/9).

Existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias sobre si las pensiones alimenticias a favor de los hijos menores de edad, acordadas en sucesivas resoluciones, tienen o no efectos retroactivos, el TS en la S. 162/2014, de 26 de marzo, da una respuesta negativa, y fija como doctrina que “cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta ese momento no está determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente”.

IV. LOS GASTOS ORDINARIOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS EN LA CUSTODIA COMPARTIDA

En todos los casos de custodia compartida cada padre se hace cargo de los gastos de manutención y alojamiento de sus hijos (alimentación, habitación, higiene personal y gastos de bolsillo) en los periodos en que éstos se encuentran en su compañía, aunque sean pagados con posterioridad al momento del nacimiento de la obligación de abono²⁷.

En cuanto al resto de los gastos ordinarios (ropa consensuada, ocio consensuado, guardería, matrículas escolares, libros de texto, material escolar, uniformes, comedor, APAs, excursiones, clases de apoyo si hay

consenso, etc.) y extraordinarios en los que exista acuerdo, suele establecerse que los padres abrirán una cuenta bancaria a nombre de los dos, a veces también de los hijos, en la que domiciliarán tales gastos. La aportación de cada uno a la cuenta común puede ser igualitaria o proporcional, según que su respectiva capacidad económica sea similar o distinta; la aportación puede ser periódica, normalmente por meses, o con el deber de reponer la cantidad inicialmente acordada cuando el saldo de la cuenta sea inferior a 50 euros (u otra pequeña cantidad).

Pero hay que tener presente que el art. 82.3 CDEFA faculta al Juez para fijar un pago periódico entre los padres solamente si es necesario. Por lo que la apertura de una cuenta común no es algo imperativo, sino que también puede señalarse sin más que los gastos ordinarios distintos de los de manutención y alojamiento se abonarán por los padres por mitad o en la proporción que corresponda a su respectiva capacidad económica, acordando entre ellos la forma de compensación o abono²⁸.

Si el tiempo de convivencia con cada padre no es idéntico, puede establecerse una cantidad mensual, salvo en los meses de vacaciones, a modo de compensación por el mayor número de días que un padre tiene en su compañía al hijo. Además, si la capacidad económica de uno y otro padre es distinta, el nivel de vida de los hijos puede equilibrarse por medio de una pensión de alimentos. Es una pensión a abonar por el padre con mayor capacidad económica, normalmente sólo en los periodos de convivencia de los hijos con el otro progenitor; en algún caso la pensión alimenticia a favor de los hijos tiene un importe cuando viven con un progenitor y otro menor cuando viven con el padre obligado a pagarla al otro²⁹.

Así que cuando uno de los padres tiene mayor capacidad económica que el otro y esta diferencia no se ha equilibrado con la aportación a la cuenta común acordada para cada uno, puede ser necesario establecer en compensación una pensión de alimentos a los hijos. En todo caso, la cantidad de esta pensión siempre será de un importe menor que el de la pensión de alimentos a los hijos que se pagaba durante la custodia individual³⁰.

Pero lo más frecuente es que no se impongan prestaciones económicas a cargo de ningún progenitor, bien porque la capacidad económica de ambos padres es similar, bien porque la diferencia existente ya se entiende compensada con una aportación distinta a la cuenta común³¹.

Fecha de recepción: 7/7/2014.
Fecha de aceptación: 13/11/2014.

27

Ss. TSJA 13/2912, de 9 de abril, APZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, 16/2012, de 24 de enero, 66/2012, de 14 de febrero, y 171/2012, de 30 de marzo.

28

Vid. Ss. TSJA 13/2012, de 9 de abril; 17/2012, de 18 de abril; 41/2012, de 19 de diciembre.

29

Vid. Ss. SAPH, Secc. 1ª, 159/2012, de 27 de julio; APZ, Secc. 2ª, 33/2012, de 24 de enero; 278/2012, de 22 de mayo; 345/2012, de 19 de junio; 442/2012, de 23 de julio.

30

En la STSJA 41/2013, de 30/9 se dice que, *acordada la custodia individual, lo correcto es elevar, para el no custodio, la pensión que se había establecido sobre la base de la custodia compartida.*

31

Las Ss. TSJA 13/2011, de 15 de diciembre, y APZ, Secc. 2ª, 368/2011, de 28 de junio, lo dicen expresamente. *No se fija pensión de alimentos para la hija dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención, alojamiento, de bolsillo, etc., durante el periodo que le corresponda* (STSJA 17/2012, de 18 de abril). En el caso de la STSJA 48/2013, de 15/11, la revocación de la custodia individual a favor de la madre comporta que deba dejarse sin efecto la pensión acordada a cargo del progenitor no custodio para gastos ordinario del niño, dado que dicha pensión fue fijada como consecuencia de la custodia individual acordada. Así, los gastos ordinarios del menor se sufragarán por mitad, atendiendo a los similares ingresos de los progenitores, ambos profesores.

HUESCA

E-mail: iamhu@aragon.es

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

TERUEL

E-mail: iamteruel@aragon.es

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

ZARAGOZA

E-mail: iam@aragon.es

- **ARANDA**
Castillo de Illueca. Teléfono 976 548 090. Illueca.
- **BAJO ARAGÓN-CASPE/BAIX ARAGÓ-CASP**
Plaza Compromiso, 89. Teléfono 976 639 078. Caspe.
- **CAMPO DE BELCHITE**
Ronda de Zaragoza, s/n. C. S. La Granja. Teléfono 976 830 175. Belchite.
- **CAMPO DE BORJA**
Mayor, 17. Teléfonos 976 852 028 – 976 852 858. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**
Avda. Goya, 23. Teléfono 976 622 101. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**
Mayor, 60-62. Teléfono 976 545 030. Daroca.
- **CINCO VILLAS**
Justicia Mayor de Aragón, 20, 1º. Teléfono 976 677 559. Ejea de los Caballeros.
- **COMUNIDAD DE CALATAYUD**
San Juan El Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.
- **RIBERA ALTA DEL EBRO**
Arco del Marqués, 10. Teléfono 976 612 329. Alagón.
- **RIBERA BAJA DEL EBRO**
Plaza de España, 1 bajos. Teléfono 976 165 506. Quinto.
- **TARAZONA Y EL MONCAYO**
Avda. de la Paz, 31 bajos. Teléfono 976 641 033. Tarazona.
- **VALDEJALÓN**
Plaza de España, 1. Teléfono 976 811 759. La Almunia de Doña Godina.
- **ZARAGOZA**
Paseo María Agustín, 16, 5ª planta. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.
www.aragon.es/iam

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

ASESORÍA JURÍDICA

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

ASESORÍA PSICOLÓGICA

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

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

ASESORÍA LABORAL iاملaboral@aragon.es

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

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

ASESORÍA EMPRESARIAL iamza@aragon.es

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

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

ASESORÍA SOCIAL

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

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

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

C O N T E N I D O

Editorial	5
------------------------	----------

DERECHO INTERNACIONAL. DERECHO DEL CONSEJO DE EUROPA

El convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género.

Por José Fernando Lousada Arochena.

Magistrado especialista de lo social.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Doctor en Derecho / Graduado Social

6

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Crónica de la jurisprudencia europea sobre Igualdad de Género (de 1/9/2013 A 31/8/2014).

Por Jean Jacquain

Profesor Jubilado de la Universidad Libre de Bruselas

16

DERECHO ESPAÑOL

Legislación

Ampliación del subsidio especial por maternidad de naturaleza no contributiva en relación con las trabajadoras madres de familias numerosas.

Por Guillermo L. Barrios Baudor.

Universidad Rey Juan Carlos

25

Informe para el estudio de la racionalización de horarios, la conciliación y la corresponsabilidad

Por Marta Fernández Prieto.

Profesora Titular de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo.

Francisca Fernández Prol.

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo.

32

Jurisprudencia

La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida.

Por José Antonio Serrano García.

Acreditado como Catedrático de Derecho civil

Profesor Titular en la Universidad de Zaragoza

47