

# A E Q U A L I T A S

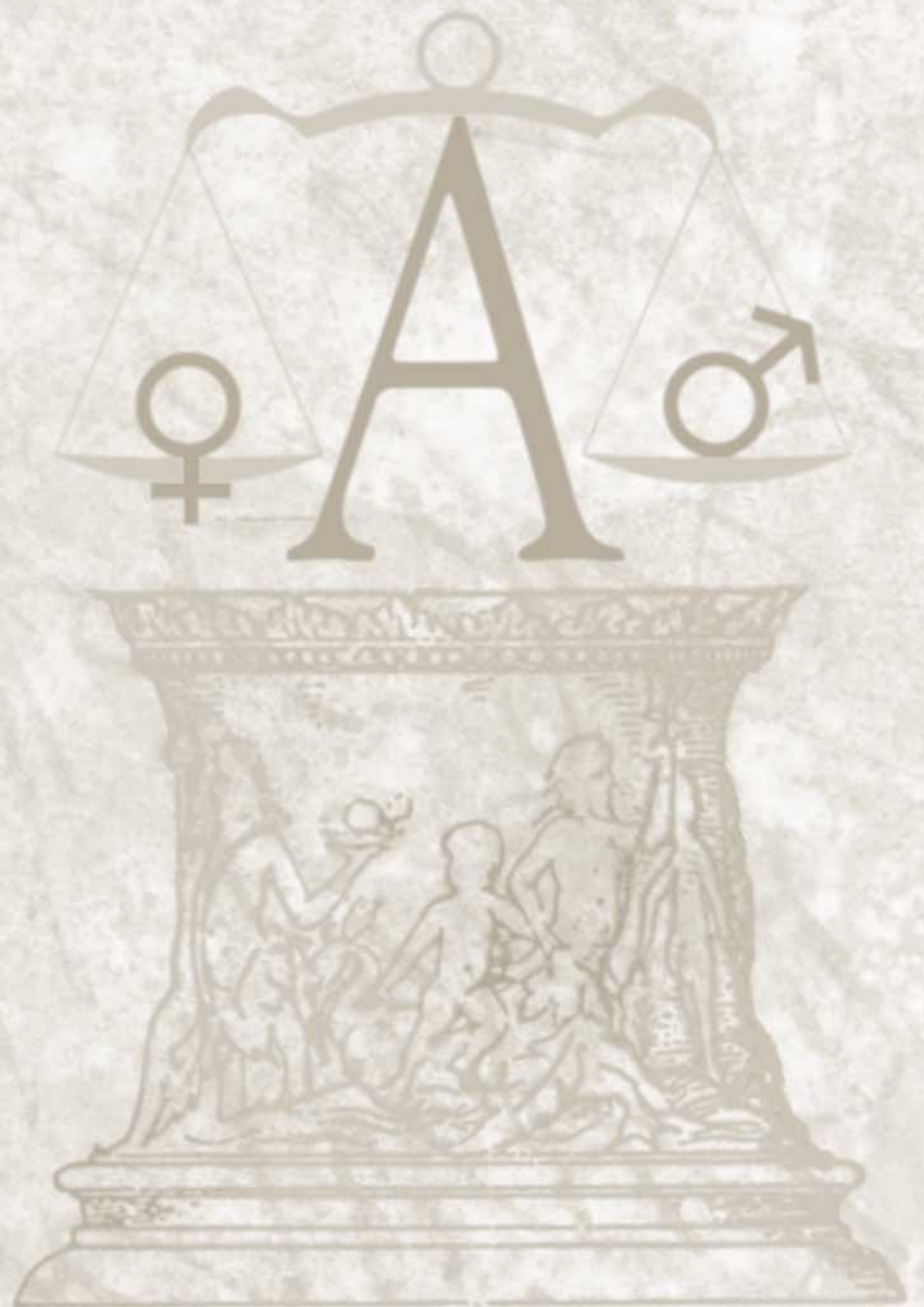
REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 18

ENERO-JUNIO 2006

PERIODICIDAD SEMESTRAL





## CONSEJO DE REDACCIÓN

### DIRECTORA

#### MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

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

### SUBDIRECTORA

#### EVA MARTÍNEZ BLASCO

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

### SECRETARIA TÉCNICA

#### Documentación y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Servicios Sociales y Familia.  
Gobierno de Aragón.

### VOCALES

#### JUAN RIVERO LAMAS

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

#### GABRIEL GARCÍA CANTERO

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

#### ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

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

#### CARMEN ALQUÉZAR PUÉRTOLAS

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

#### ANA NAVARRO ALASTUEY

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

#### M<sup>a</sup> JOSÉ SÁNCHEZ MARTÍN

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

### EDITA:

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

Camino de las Torres, 73. 50008 Zaragoza  
Tel. 976 716 720  
E-mail: iam@aragon.es

#### Universidad de Zaragoza.

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

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

## CONSEJO ASESOR

#### J. MIGUEL FERRER GÓRRIZ

Consejero de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón.  
Presidente del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

#### FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

#### FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

#### JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

#### VEGA ESTELLA IZQUIERDO

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

#### RAFAEL SANTACRUZ BLANCO

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

#### FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

#### MARÍA JOSÉ BALDA MEDARDE

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

#### LUCÍA SOLANAS MARCELLÁN

Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

#### MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

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

#### DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Directora General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

#### ELISA SIERRA

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

#### CARMEN ORTÍZ LALLANA

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

#### MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

#### ROBERT ALEYX

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

#### ALFONSO RULZ MIGUEL

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

#### DOLORES SERRAT MORÉ

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

#### TERESA PÉREZ DEL RÍO

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

#### FERNANDO REY MARTÍNEZ

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

#### PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

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

#### AMPARO BALLESTER PASTOR

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

#### MARÍA ÁNGELES BARRER E UNZUETA

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

#### BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

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

#### MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

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

#### LUIS NAVARRO ELOLA

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

#### CARMEN SÁEZ LARA

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

#### ASUNCIÓN VENTURA

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

#### CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Administradora Superior del Gobierno de Aragón.

#### ROGELIO ALTISENT

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

#### AURORA LÁZARO

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

#### MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

#### JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

#### ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

# AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

## ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

**1**

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

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

**2**

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

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

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

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

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

Los artículos deben ir precedidos de un sumario de 10 líneas en español, título del artículo, palabras clave y un abstract de 10 líneas en inglés.

**3**

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

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

**4**

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

**5**

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



Incluimos en este número de la revista nuevos temas de actualidad. Dado el interés que suscita en ámbito español el modelo intercultural en la interpretación jurídica debido al aumento de inmigración, invitamos a mi colega la profesora Marie-Claire Foblets, Catedrática de Antropología Jurídica de las Universidades belgas de Lovaina (KUI), Bruselas (KUB) y Amberes (KIA), y Abogada honoraria de la Orden francesa de abogados del Tribunal de Bruselas a impartir una conferencia sobre “El estatuto personal musulmán ante los tribunales europeos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Le agradecemos su interés en la publicación de dicho texto en esta revista.

En relación con novedades recientes del Derecho español, se aporta un extenso estudio sobre la reforma del artículo 92 del Código Civil que introduce la Ley 15/2005, en relación con la custodia compartida en los supuestos de crisis matrimonial. El mismo autor se había encargado de ilustrarnos ya en el año 2001, con un artículo sobre esta figura en el Derecho francés. Lo que entonces parecía una utopía en nuestro derecho es ahora una realidad.

En la línea de aportaciones de expertos en Derecho civil contamos con la contribución de la profesora Tomás de la Universidad de Deusto sobre el fondo de garantía de pensiones de alimentos, como compromiso adquirido por el Gobierno en dos recientes normativas y todavía pendiente de ejecución; de un lado, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Disposición adicional decimonovena) y de otro, en la Ley 15/2005, de 8 julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (Disposición adicional única).

En el orden laboral, el magistrado del Tribunal Superior de Galicia (Sala de lo social) Fernando Lousada Arochena expone un problema real como es las condiciones del derecho de reingreso del excedente, elemento esencial en la configuración de la naturaleza jurídica de la excedencia atendiendo al régimen establecido en el Estatuto de los Trabajadores –en adelante, el ET–, caracterizando a la excedencia forzosa el “que dará derecho a la conservación del puesto” –artículo 46.1 del ET–, mientras en la voluntaria “el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa” –artículo 46.5 del ET–.

Cerramos la parte dedicada al Derecho español con un comentario de jurisprudencia realizado por el profesor García Cantero.

Por último, hemos querido destacar la información sobre dos planes Concilia. El plan Concilia estatal para funcionarios españoles, en la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa general de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos (BOE 16 diciembre 2005). Además reproducimos el Plan Concilia para los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Aragón; Orden de 12 de mayo de 2006, del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se publica el Acuerdo de 9 de mayo de 2006, del Gobierno de Aragón, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándolo, la Acuerdo de la Mesa de la Función Pública sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos.

Celebramos también la creación el Observatorio estatal de violencia sobre la Mujer, órgano colegiado, creado por la ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Es nuestro deseo dedicar el próximo número de la revista a la Ley Orgánica de Garantía de Igualdad entre mujeres y hombres, pendiente de aprobación.

Damos la bienvenida a la nueva Directora del Instituto Aragonés de la Mujer, doña Eva Martínez.

**María Elósegui Itxaso**

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

# El estatuto personal ante los tribunales Un reconocimiento

POR MARIE-CLAIRE FOBLETS

Profesora de Derecho y Antropología de  
las Universidades belgas de Lovaina (KUL),  
Bruselas (KUB) y Amberes (KIA).  
Abogada honoraria de la Orden francesa  
de abogados del Tribunal de Bruselas.

**TRADUCCIÓN:**

CONCHA GAUDÓ.

Catedrática de Historia de Bachillerato.  
IES Pilar Lorengar, Bachiller Bilingüe de Francés.

Y MARÍA ELÓSEGUI.

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.  
Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.  
Directora del Programa de Doctorado de  
Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.



# musulmán europeos condicional<sup>1</sup>

1

Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el viernes 24 de febrero de 2006.

2

Véanse entre otros: BENSALAH, N. (dir.), *Familles turques et maghrébines aujourd'hui. Evolution dans les espaces d'origine et d'immigration*, Louvain-la-Neuve/París, Academia/Maisonneuve Larose, 1994; RUDE-ANTOINE, E., *La vie des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, París, O. Jacob, 1997.

3

Desde hace algunos años, numerosos autores se interesan por la cuestión de la aplicación, en Europa, del derecho de familia musulmán.

En Francia pueden verse, entre otros: BOURDELOIS, B., *Mariage polygamique en droit positif français*, París, GLN-Joly, 1993; DEPREZ, J., "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1988-IV, 9-372; DEPREZ, L., "Au carrefour de droit comparé et du droit international privé, quelle place pour le droit musulman?", en HENRY, J.-R. (dir.), *L'enseignement du droit musulman en France*, CNRS (Cahier du CREM, 1989, 17-92; ELGEDDAWY, A.K., *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, París, Dalloz, 1971; JAHEL, S., "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français", *Revue internationale de droit comparé*, 1994, 31-58; MONEGER, Fr., "Les musulmans devant le juge français", *Jurisclesseur Pénant*, 1994, 344-374; RUDE-ANTOINE, E., *Le mariage maghrébin en France*, París, Karthala, 1990.

En Bélgica, pueden verse, entre otros: CARLIER, L.-Y., "Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe: quelles perspectives?", en FOBLETS, M.-C. (dir.), *Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement*, París, Karthala, 1996, 20-32; FOBLETS, M.-C., *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, París, Karthala, 1994; FOBLETS, M.-C. (dir.), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration: quelles solutions juridiques appropriées?*, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1998; LARDINOIS, Ph., "Réflexion critique sur la réception du statut personnel musulman en Belgique, ou de la négociabilité de l'ordre public dans une société plu-

ri-culturelle", en: GERARD, P., OST, Fr., VAN DE KERCHOVE, M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, 605-629; ROMMEL, G., "Le statut personnel marocain", *Journal des Juges de Paix et de Police*, 1980, 193-243; ROMMEL, G., "Over Moslimimmigranten, het sociaal beleid van de vrederechter. Van paternalisme naar bevrijding", en: VAN DER VORST, P. (dir.), *Honderd Jaar Belgisch sociaal recht*, Bruxelles, Bruylant, 1986, 604-620; TAVERNE, M., *Le droit familial maghrébin (Algérie, Maroc, Tunisie) et son application en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1981; VAN DEN EECKHOUT, V., "Voyage sur les canaux du droit international privé belge et marocain: le gouvernail de la filiation paternelle dans le mariage", *Revue du droit des étrangers*, 1996, n° 89, 317-340.

En los Países Bajos, véase: BUSKENS, L., "Marokkaans familierecht in Nederland", in BUSKENS, L., *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam, Bulaak, 1999, 536-560; JORDENS-COTRAN, L., *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak*, Utrecht, Forum, 2000; RUTTEN, S., *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, Kampen, Kok, 1988; RUTTEN, S., *Erven naar Marokkaans recht. Aspecten van Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepasselijkheid van Marokkaans erfrecht*, Maastricht, Intersentie, 1997.

En Austria: SCHMIED, M., *Familienkonflikte zwischen Scharia und Bürgerlichem Recht. Konfliktlösungsmodell im Vorfeld der Justiz am Beispiel Österreichs*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999.

En Italia: MANCINI, L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, Milano, Giuffrè, 1998.

Para un estudio comparativo, véase: CARLIER, J.Y. & VERWILGHEN, M. (dir.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992; ALDEEB, S., BONOMI, A. (dir.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Institut suisse de droit comparé, Zürich, Schulthess, 1999; BAR (von), Chr. (dir.), *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West* (Congress, Osnabrück, 23-24 October, 1998), Köln, C. Heymanns, 1999; FERRARI, S., BRADNEY, A. (dir.), *Islam and European Legal Systems*, Ashgate, Dartmouth, 2000.

Esta lista de trabajos actualmente disponibles está lejos de ser exhaustiva.

## I. INTRODUCCIÓN: LA APLICACIÓN DEL DERECHO MUSULMÁN DE FAMILIA EN LOS PAÍSES EUROPEOS. UNA CUESTIÓN ESPINOSA

La cuestión del *Islam en Europa* es un tema candente. En la organización de la vida de las familias musulmanas establecidas en Europa, la presencia del Islam revela una vasta problemática que preocupa desde hace algunos años a los juristas: tener en cuenta, en virtud de las reglas del derecho internacional privado, instituciones familiares extranjeras en nuestra tradición jurídica. ¿Qué efecto legal atribuir a una institución familiar de origen musulmán, cuando los valores vehiculados por ésta chocan, por ejemplo, con los grandes principios fijados por las Convenciones en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales?

Nos vamos referir aquí, exclusivamente, a los aspectos ligados a la inmigración de comunidades *musulmanas* a Europa a partir de los años 60 y 70 y, en particular, al reconocimiento en estos últimos años por los juzgados y tribunales del derecho musulmán de familia. Desde hace treinta años Europa conoce una ola de inmigración musulmana sin precedentes. Se estima que en la actualidad están instalados en Europa entre 15 y 20 millones de personas de religión musulmana.

Llamados a intervenir en las relaciones de derecho privado que conciernen a nacionales de países de derecho musulmán, las autoridades judiciales o administrativas de los estados europeos deben aplicar, a veces, reglas derivadas del derecho musulmán o deben enfrentarse al reconocimiento de instituciones jurídicas musulmanas, que producen efectos en el derecho interno. Puede suceder que estas instituciones sean desconocidas en Europa o que difieran sensiblemente de las instituciones correspondientes de los sistemas jurídicos occidentales<sup>2</sup>. La aplicación en el derecho interno de los países europeos de instituciones inspiradas en el derecho musulmán de familia –se trate de la dote, del tutor matrimonial o del repudio, por no citar más que estos ejemplos– afecta a una amplia problemática, compleja y técnica. Ésta engloba un gran número de cuestiones ligadas a la aplicación de un derecho de origen no-occidental en comportamientos y prácticas que determinan la posición familiar de un grupo de justiciables que no cesa de crecer en Europa<sup>3</sup>.



La experiencia en toda Europa, en estos últimos años, muestra que estas situaciones se han presentado sobre todo en los asuntos que competen al derecho de las personas, de la familia y de sucesiones. Los conflictos con las legislaciones de tradición occidental se manifiestan de manera más brusca en el dominio de lo que en derecho se llama el *estatuto personal*. Algunos lo consideran una parte del “conflicto de civilizaciones”<sup>4</sup>. Para el jurista, la cuestión de la aplicación de reglas del derecho musulmán de familia en la regulación de comportamientos y prácticas cotidianas, y sobre todo, en todo lo que concierne a la situación matrimonial y a sus efectos, plantea el problema de la aplicación de criterios de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. La posición jurídica de los musulmanes en la emigración constituye hoy en Europa, cincuenta años después de la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, uno de los nuevos ámbitos de su puesta en práctica. El derecho musulmán, de origen religioso, conoce instituciones que son a veces incompatibles con los principios que inspiran esta Declaración y con ella la Convención Europea de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (CEDH)<sup>5</sup>. Estos principios son imperativos; afectan, desde hace casi medio siglo, a la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales.

En esta breve contribución, intentamos presentar algunos de los factores que, ante la cuestión de la aplicación del derecho musulmán como derecho de familia, incitan a los tribunales tanto a rechazar la importación de instituciones que se enfrentan a criterios de protección de Derechos Humanos y de libertades fundamentales –por ejemplo, amparándose en el orden público– como, al contrario, a consagrar en nombre de estos mismos criterios (por ejemplo, el interés del niño) ciertas reglas conocidas del derecho musulmán de familia.

En el estudio de la jurisprudencia de los últimos años en toda Europa, apa-



recen similitudes y diferencias: las soluciones legales y jurisprudenciales divergen no sólo según el país sino también según la institución del derecho de familia, y, a veces, según los objetivos defendidos por el juez competente. Para comprobarlo, basta hacer un análisis de la jurisprudencia sobre la poligamia y el repudio, o prestar atención a algunas reglas en particular, menos conocidas, como el impedimento del matrimonio por motivos de religión, la atribución al padre de la patria potestad sobre los hijos, la prohibición de investigar la filiación natural o de proceder a una adopción, o incluso las diferencias entre herederos por razón de su religión o de su sexo. Las dificultades se presentan en dos aspectos:

### 1º

Las diferencias entre el derecho musulmán de familia y los sistemas de derecho familiar de los países europeos son causa de numerosas complicaciones, tanto en el plano de la calificación (véase II: “La calificación”), como en relación al derecho aplicable, es decir, la cuestión de la conexión; (*cf. infra*: III, “La conexión”), y particularmente la cuestión de la aplicación del derecho extranjero (*cf. infra*: IV. “La excepción del orden público”).

### 4

Véase: MERCIER, P., *Conflicts de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Genève, 1972; DEPREZ, L., “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, en: *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, vol. 211, 1988-IV.

### 5

Para un estudio más profundo de esta Convención y un examen sistemático de jurisprudencia, véase: PETITI, LE., DECAUX, E., IMBERT, P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1995.

### 6

*Cf. supra* nota 2.

### 7

Para un análisis de las cuestiones que puede suscitar la dificultad de ‘cualificación’ en derecho francés de una institución de derecho musulmán de familia, véase: HOCHART, C., Nota *infra*: Cour d'Appel París, 8 décembre 1992, Dalloz 1994, 11.272. En este caso se trataba de dar una interpretación jurídica lo más correcta posible en derecho francés de las liberalidades que acompañan al matrimonio musulmán.

### 8

Por otra parte, no es posible proceder de otro modo, en particular cuando el derecho del foro ignora la institución extranjera en cuestión.

### 9

Sucede que, para ser oponible, el repudio deber ser notificado al cónyuge delante del juez. Es el caso, por ejemplo, en derecho marroquí (art. 48 *Mudawwana*). *Cf. infra* nota 12.





2º

Los tribunales eligen caminos diferentes –para llegar a veces a resultados parecidos– al tratar estas cuestiones. Todo esto crea una situación de gran incertidumbre, tanto para los justiciables directamente afectados como para los profesionales del derecho que deben tratar los conflictos familiares entre nacionales de países de origen de derecho musulmán.

Para obrar correctamente, se debería poder proceder al análisis de la bibliografía y de la jurisprudencia de los principales países de recepción de inmigración que comparten, en materia de leyes y conflictos de leyes, una amplia tradición común, al menos comparable: Francia, Bélgica, Países Bajos y Alemania. Desde hace algunos años los trabajos se multiplican<sup>5</sup>. En esta contribución nos limitaremos a formular algunas observaciones preliminares de un análisis de la jurisprudencia y la doctrina belga principalmente y –en menor medida– francesa.

Trataremos sucesivamente las dificultades ligadas a la calificación en el sentido propio del derecho internacional privado, de la influencia del criterio de vinculación en la aplicación del derecho extranjero, y, finalmente, de la excepción del orden público. El objetivo es reagrupar algunas de las cuestiones esenciales que actualmente preocupan a los juristas europeos que tienen que resolver la cuestión del reconocimiento de los efectos discriminatorios de algunas instituciones del derecho musulmán de familia.

## II. LA CALIFICACIÓN: DIFICULTADES LIGADAS A LA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El problema de la calificación en el derecho internacional privado se plantea cuando se trata de determinar el derecho aplicable a una situación o relación jurídica concreta. A fin de resolver la cuestión de qué de-

recho se aplica a una situación concreta –en este caso, se plantea la elección entre la aplicación del derecho del foro o el derecho musulmán–, el juez debe en primer lugar “calificar” la situación de la que se ha hecho cargo<sup>6</sup>. Esta cuestión tiene sus consecuencias, pues de esta identificación dependerá, en consecuencia, la regla de conexión, tanto a uno como a otro sistema jurídico. Dicho de otro modo, para el tribunal se trata de una cuestión de elección entre las diferentes reglas de conexión previstas por el derecho internacional privado del foro. Estas reglas no son necesariamente idénticas ante los diferentes aspectos jurídicos de la vida familiar: el contrato matrimonial, los efectos producidos por este, si llega el caso, su disolución, están cada uno regidos por reglas que no coinciden necesariamente sobre la cuestión del derecho a aplicar. El juez deberá en primer lugar determinar la cuestión de la *identificación* –llamada en derecho la calificación– de la institución o el aspecto del derecho familiar sobre el cual plantea un litigio en una situación concreta.

En algunos casos, las características del derecho musulmán de familia plantean, ya en este nivel, una dificultad previa, por el solo hecho de que los sistemas jurídicos inspirados por este derecho consagran diversas instituciones desconocidas para los sistemas jurídicos de los países occidentales. No es raro que los tribunales se vean abocados o incluso obligados a mostrar su ingenio: conviene, si llega el caso, que el juez busque la correspondencia de ciertas instituciones (en particular, en vista a los efectos que se derivan) con las categorías jurídicas utilizadas por las reglas de conflicto del derecho del foro. Especialmente en el caso en que el tribunal debe conocer una cuestión de poligamia o repudio o en el caso de (no)pago de la dote (*mahr*), del reconocimiento de la legitimidad de un hijo (*iqrar*) o, en fin, en caso de acogimiento familiar (*kafalah*).

Generalmente se admite que la operación de la calificación se compone

de dos fases. En la primera, se trata de analizar la institución jurídica extranjera para determinar sus características y su función. Este análisis debe hacerse a la luz del derecho extranjero que corresponda<sup>8</sup>.

En la segunda fase, que constituye la calificación propiamente dicha, hay que clasificar la institución extranjera en las categorías jurídicas previstas por las reglas de conflicto del foro: celebración y/o condiciones económicas del matrimonio, relaciones entre cónyuges, régimen matrimonial, divorcio, por no citar más que algunos ejemplos. En la mayor parte de los países occidentales, esta condición compete a la ley del foro, es decir, de conformidad con las nociones jurídicas a las que las reglas del conflicto del estado del foro hacen referencia. En la práctica se admite que estos conceptos deben ser interpretados en un sentido “amplio”, de manera que engloben las instituciones del derecho extranjero que tengan una *función similar*. En su defecto, sería imposible determinar el derecho aplicable, cuando una institución se manifestase extranjera/desconocida en el derecho del foro.

Así, por ejemplo, sólo una interpretación amplia de conceptos utilizados por el derecho internacional privado permite aplicar al repudio las reglas de vinculación relativas a la disolución del matrimonio por divorcio. Los tribunales no se atan a la letra de la ley, sino que aplican la norma de conflicto a toda disolución voluntaria del vínculo conyugal. El acto de repudio es, por así decirlo, asimilado a un divorcio, por la razón de que su efecto no es otro que la disolución del vínculo conyugal. Y esto, incluso si el repudio en el derecho musulmán es un acto privado que –contrariamente a lo previsto en Europa en la mayor parte de las legislaciones en materia de divorcio– no requiere normalmente la intervención de un juez ni otras autoridades estatales<sup>9</sup>. En este nivel de proximidad, al hablar de la calificación, no existe una verdadera alternativa, pues no existen otras reglas de conflicto



que pudieran ser aplicadas en esta materia. Sin embargo, esto no quiere decir que el juez esté obligado a reconocer, en el plano de los efectos, la desunión de la pareja de musulmanes. En la práctica, a menudo el juez rehusará finalmente el reconocimiento de un repudio extranjero argumentando sobre la base de las reglas de reconocimiento de sentencias extranjeras, en particular en razón de la violación de derechos de defensa o incluso del principio de igualdad de trato del hombre y la mujer. Volveremos a esta cuestión.

Otro ejemplo frecuentemente citado en este contexto es el de la poligamia, existente en el derecho musulmán de familia<sup>10</sup>, pero prohibida en Europa. En cuanto que cumple la misma función que el matrimonio, los tribunales han admitido que las reglas de conexión que conciernen a la validez del matrimonio pueden regir igualmente la cuestión del carácter oponible de algunos efectos derivados del matrimonio polígamo<sup>11</sup>.

Las dificultades de la calificación son realmente difíciles de resolver cuando la institución de derecho musulmán cumple, según las circunstancias, varias funciones que, en la tradición europea son atribuidas a instituciones diferentes. En este caso, hay que analizar en primer lugar con atención la institución de derecho extranjero, sus diferentes funciones, y a continuación, elegir entre las reglas de conexión la que sea más apropiada a la cuestión en litigio. Estas dos operaciones no son siempre fáciles. ¿Cómo calificar, por poner un ejemplo concreto, una institución como el *tanzil* que en el derecho musulmán tiene como finalidad asegurar un sucesor a la persona que no tiene descendencia? El juez puede dudar entre las reglas de conflicto sobre la adopción simple y las aplicables en materia de sucesión. Según la elección efectuada, es decir según la calificación, el resultado variará. Los criterios de conexión aplicables en una adopción no coinciden necesariamente con los

criterios aplicables en caso de sucesiones y su reglamento. Por lo que sabemos, al menos en Bélgica, la cuestión no se ha planteado todavía.

Un problema de la calificación particularmente complejo, que se plantea con frecuencia a los jueces, es el de la dote (*mahr*), una institución que, según los casos, puede tener funciones diferentes<sup>12</sup>. Considerada por algunas escuelas de derecho musulmán como una condición de validez del matrimonio, su verdadera función se manifiesta sobre todo en caso de divorcio, en cuanto asegura a la mujer los medios de subsistencia: desde este punto de vista, se trata de la ley que rige los alimentos o el divorcio. Pero al mismo tiempo, la dote puede ser vista como una atribución patrimonial hecha por el marido a la mujer; como tal, se trataría del régimen matrimonial. Según el punto de vista (la calificación) la norma de conexión diferirá.

El último caso que vamos a mencionar en relación con la calificación es aquel en el que el juez competente se encuentra en presencia de un acto jurídico o de una institución musulmana desconocida para la *lex fori*, es decir, la ley nacional del foro. El tribunal deberá entonces decidir la cuestión sobre si el reconocimiento realza las reglas sobre los conflictos de leyes (la conexión) o más bien las reglas sobre la validez del reconocimiento de sentencias o actos extranjeros (y en consecuencia sus efectos). Tal es el caso, por ejemplo, de un repudio efectuado en el extranjero. Aunque la ley de un estado musulmán exija que el repudio sea notificado al cónyuge delante del juez, no es menos cierto que la función de éste no es otra que *constatar* la voluntad unilateral del marido de disolver el matrimonio<sup>13</sup>. La jurisprudencia sobre esta cuestión no es unánime: algunos tribunales rechazan el reconocimiento de un repudio efectuado en el extranjero, argumentando a partir de las reglas del reconocimiento de juicios extranjeros –en este caso, el no-

reconocimiento–, en particular en razón de la violación del derecho a la defensa. Volveremos a este punto. Otros tribunales, por el contrario, en ausencia de normas expresas, someten los repudios pronunciados en el extranjero a las reglas de conflictos de leyes, siendo tratados como un repudio pronunciado en el interior del país<sup>14</sup>.

### III. LA CONEXIÓN: EL PAPEL DE LA NACIONALIDAD, EL DOMICILIO Y LA RESIDENCIA HABITUAL

Una vez efectuada la calificación, es posible que el criterio de conexión aplicable –es decir, por la aplicación de la regla de conflicto de leyes vinculando una situación particular a un sistema de derecho o a otro– conduzca a la aplicación del derecho musulmán. Es el caso de los países que en su derecho internacional privado hacen un amplio uso del criterio de conexión de la nacionalidad. Por ejemplo Francia, Bélgica, España e Italia, donde los musulmanes, en gran número, han mantenido la nacionalidad de un país que aplica el derecho musulmán en materia de derecho de la persona, de familia y de sucesiones.

#### 1

#### La cuestión de la compatibilidad de algunas instituciones musulmanas con el orden público del foro

Hay que saber en qué condiciones será considerada la aplicación del principio de una u otra institución de derecho musulmán en el ordenamiento jurídico del estado del foro (o sea, en Europa). Esta cuestión plantea algunos problemas. Un problema particular ligado al estatuto personal de los musulmanes en Europa es la cuestión de la compatibilidad de algunas instituciones musulmanas con el orden público del foro.

Para evitar el riesgo de que la aplicación de la regla de conflicto tenga



**10** Abolido (en derecho) sin embargo en Turquía y en Túnez.

**11** La cuestión de saber si una persona casada puede contraer un nuevo matrimonio está considerada tradicionalmente, en la mayor parte de los países europeos, como una cuestión de validez del matrimonio. Véase, entre otros: BOURDELOIS, G., *opus cit.*, 1993.

**12** EL KAROUNI, M., “La dot: une institution contraire à l’ordre public international belge?”, en FOGLETS, M.C., STRUBOSCH (dir.), *Relations familiales interculturelles/Cross-Cultural Family Relations*, Onati papers (n° 8), IISL, 1999, 85-108.

**13** Véanse, entre otros: CARLIER, J-Y., *La reconnaissance en Belgique de répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l’ordre public répudié?*, Journal des Tribunaux, 1985, 101-108.

**14** Dicho esto, frecuentemente las reglas de conflicto (de leyes) no consideran más que el divorcio –siendo el repudio ajeno a nuestra tradición jurídica–. En este caso, como hemos dicho anteriormente, los tribunales no se atan a la letra de la ley, sino que aplican la regla de conflicto a cualquier forma de disolución voluntaria del lazo conyugal. No hay una alternativa real, en defecto de otras reglas de conflicto que podrían ser invocadas en el caso.

**15** Véanse, entre otros: MEEUSEN, J., *Nationalisme en internationalisme in het international privaatrecht* [Nacionalismo e internacionalismo en el derecho privado belga], Anvers, Intersentia, 1997, *opus cit.*, 1997.

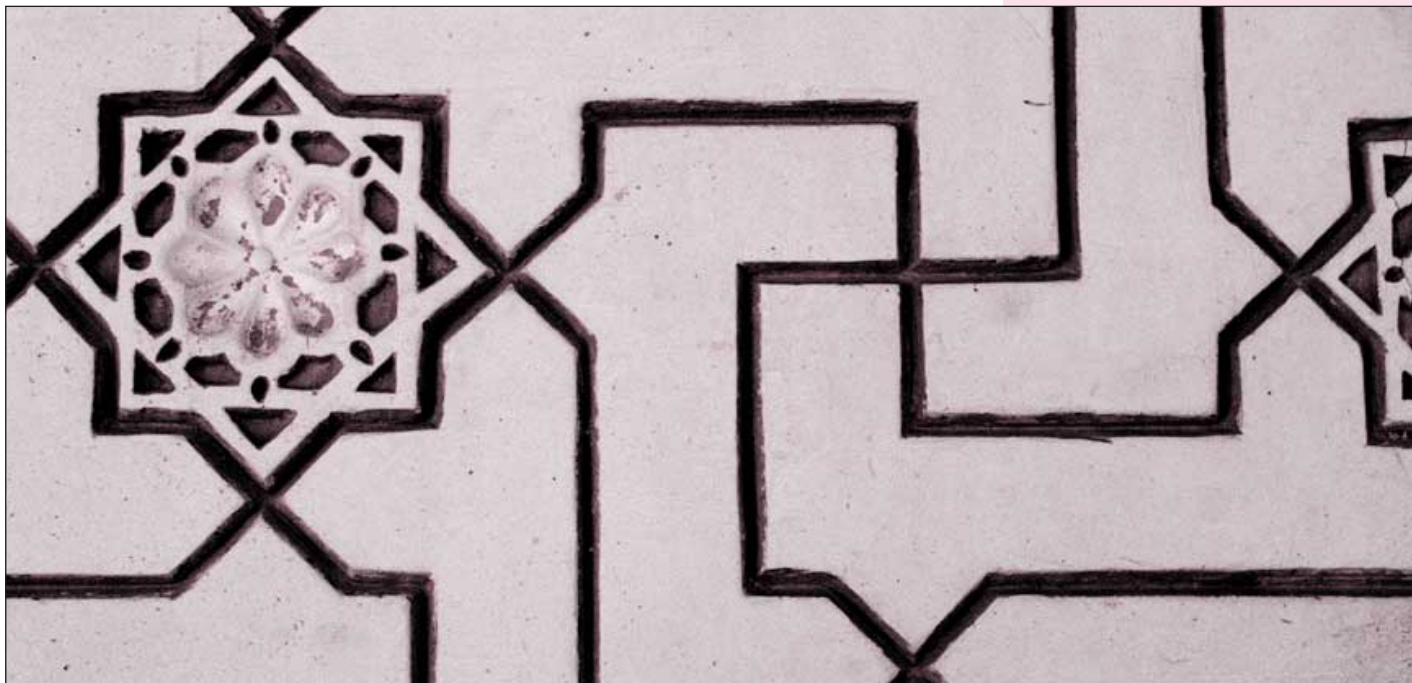
como resultado la homologación en el orden jurídico del foro (los efectos) de una institución de derecho musulmán que iría en contra de los fundamentos de éste, (es decir, el orden jurídico del foro) existe en derecho internacional privado la conocida técnica de rechazar el derecho extranjero siempre que la aplicación de este último corra el riesgo de conducir a situaciones incompatibles con los principios fundamentales del orden jurídico interno. El derecho extranjero es rechazado por el recurso a la excepción de orden público. La apertura a las instituciones extranjeras realizada por la conexión a la ley nacional está limitada por la necesidad de respetar algunos principios considerados superiores. La reserva del orden público es reclamada, particularmente en los últimos años, cuando las reglas de conexión designan el derecho musulmán<sup>15</sup>. En efecto, algunas instituciones islámicas son susceptibles de entrar en conflicto con los principios considerados fundamentales en la mayor parte de los países europeos. El ejemplo citado más frecuente en este contexto es el desigual trato de la mujer musulmana, que está en contradicción con el principio de no-dis-

crimación, tanto por razón de sexo (la poligamia, el repudio, el derecho de guarda y custodia de los hijos), como por razón de la religión (la prohibición religiosa en materia de matrimonio) o incluso, las reglas que excluyen a los no-musulmanes de la sucesión de un musulmán.

De forma general, el trato desigual de la mujer musulmana en el ámbito del derecho de familia se explica hoy de dos maneras. Una primera explicación, que a corto plazo no podrá ser, por definición, rebatida por la vía del derecho (es decir, las técnicas jurídicas), viene de la tradición: en el seno de algunas familias, las prácticas discriminatorias persisten. Conciernen principalmente a la educación y a la cultura. Las discriminaciones que son consecuencia de tradiciones y costumbres no son exclusivas de las comunidades musulmanas, existen en todas las sociedades. Pensemos, por ejemplo, en la educación más severa dada a las chicas o incluso, a la reivindicación de los padres de elegir la pareja de sus hijos, en particular de su(s) hija(s) y a la gestión por parte del marido del patrimonio común.

Una segunda explicación está ligada al ya mencionado derecho de la persona hoy todavía en vigor en varios países europeos, es decir, un sistema que permite aplicar en los países de residencia (esto es válido tanto en Francia como en Bélgica) un derecho extranjero discriminatorio. Esta posibilidad es consecuencia de la aplicación de la regla de conflicto en derecho internacional privado (deducido, en el derecho belga, de art. 3 apartado 3 del CC), que conduce tanto a declarar aplicable una ley extranjera como a reconocer las consecuencias de una situación jurídica o de una sentencia fallada en el extranjero. Ya hemos hecho referencia a ello.

La jurisprudencia y la doctrina están divididas sobre la (o las) manera(s) de combatir los efectos discriminatorios de la regla de conflicto que conduce a la aplicación de una regla del derecho musulmán de familia. En la práctica, las discriminaciones por razón



de sexo en el ámbito del estatuto personal, debidas a la aplicabilidad de disposiciones de derecho(s) extranjero(s), se enfrentan frecuentemente con *la excepción del orden público*<sup>16</sup>: los funcionarios y empleados de la administración del Estado rechazan aplicar una reglamentación discriminatoria de factura extranjera<sup>17</sup>. Hoy la mayor parte de los países europeos están vinculados a diferentes tratados y reglamentaciones no-discriminatorias<sup>18</sup>.

La prohibición de la discriminación por razón de sexo proviene del ámbito del orden público, que en principio no permite la excepción.

Por tanto, la referencia al orden público no elimina el problema del trato desigual (de hecho, de la mujer musulmana). La protección del orden público constituye en la práctica una última defensa que no puede, sin embargo, anular completamente los efectos de una situación concreta adquirida conforme al derecho extranjero. A pesar de la función protectora del orden público, se mantienen con fuerza algunas discriminaciones específicas:

**1** sea porque estas discriminaciones son efectivamente reconocidas y mantenidas por los sistemas extranjeros de derecho de familia, lo que implica di-

ferencias de trato –en el país de residencia (en Europa) y en el país de origen– de una misma figura<sup>19</sup> (situaciones calificadas en derecho internacional privado como “defectuosas”);

**2** sea porque los tribunales y administraciones no se ponen de acuerdo entre ellos en la manera de prohibir la discriminación: algunos magistrados dan preferencia al reconocimiento parcial de relaciones discriminatorias, porque parten del principio de que actuando de otro modo el resultado no sería mejor, es decir que no se lograría una solución más ventajosa para las partes<sup>20</sup>. En principio, se mantiene la regla de conflicto que designa el derecho extranjero, sin autorizar sin embargo la aplicación –sea en Francia, en Alemania, Países Bajos o incluso en Bélgica– de disposiciones o instituciones discriminatorias en derecho extranjero. En otros términos: se aceptan las consecuencias de las disposiciones no-discriminatorias del derecho extranjero, pero se rechaza reconocer las disposiciones y/o instituciones discriminatorias. Por su gran flexibilidad, esta solución es también poco segura: depende de la casuística que el derecho extranjero sea considerado discriminatorio o no, los tribunales juzgan caso por caso.

**16**

Sobre la excepción del orden público y su utilización en derecho internacional privado, véase en particular: LAGARDE, P., “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommages à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 263-282.

Para una aproximación particularmente crítica de la utilización de la excepción del orden público en derecho internacional privado belga, véase: HEYVAERT, A., “De grenzen van de gezinsautonomie en de internationale openbare orde in België” [Los límites de la autonomía de la pareja y el orden público internacional en Bélgica], *Rechtskundig Weekblad*, 1981-1982, 2221-2242; del mismo autor: “De gezinsrechtelijke situatie van Maokkanen met vast verblijf in België” [La posición familiar de los naturales marroquíes que residen de forma prolongada en Bélgica], en DE FEYTER, K., FOGLETS, M-C., HUBEAU, B. (red.), *Migratie-en migrantenrecht (1)*, Bruges, La Chartre, 1995, 287-338; VAN MENSEL, A., “De houding van de Belgische rechters t.a.v. de echtscheiding door verstoting” [La actitud de los jueces belgas ante el repudio] (nota infra: Justice de Paix, Gand, 30 avril 1990 et 22 mai 1989, *Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak*, 1990, 8-15; CARLIER, L-Y., “Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l’étranger”, *Revue trimestrielle de droit familial*, 1991, 165-172.

**17**

Para las ilustraciones, véase, entre otros: SAROLEA, S., “Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1988-1996)”, *Revue trimestrielle de droit familial*, 1997, 9-30.



18

Véase, entre otros: LEMMEN, P., ALEN, A. (dir.), *Egalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991; BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976; VELU, J., *Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme*, Bruxelles, Swinnen, 1981; RIMANQUE, K., *De toepassing van het EVRM in de praktijk* [La aplicación en la práctica de la Convención europea de los derechos humanos y las libertades fundamentales], Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987; más reciente: THEUNIS, L., "Het gelijkheidsbeginsel - Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorverking in private rechtsverhoudingen" [El principio de igualdad - Marco de interpretación jurídica con especial atención sobre las 'desigualdades correctivas' y el efecto horizontal en las relaciones privadas], en *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht* [Las repercusiones del derecho público en el derecho privado], Gand, Mys & Breesch (cycle W. Delva 1996-1997), 1997, 129-182.

19

Esto es válido igualmente en el caso de las mujeres naturalizadas belgas, con doble nacionalidad.

20

Véase, por ejemplo: Tribunal de Première Instance (civil, 5ème chambre), Namur, 17 mai 1990. El Tribunal estima que el *talaq* (repudio unilateral a iniciativa del esposo) es un acto jurídico público que tiene su fuerza obligatoria en la sola voluntad del marido, sin posibilidad de rechazo o de sanción por defecto de homologación. Para el juez aquí no hay lugar al debate, con la consecuencia de que el control del respeto de los derechos de la defensa (de la mujer) no se concibe. El *talaq* no sería considerado contrario al orden público internacional belga por el único motivo del no-respeto a los derechos de defensa de la esposa. En opinión del tribunal, no se podría argumentar un no-respeto de la igualdad de los esposos, pues hay que comprender y aceptar la existencia en otros órdenes jurídicos de una concepción diferente del divorcio. En cuanto al concepto de orden público, hay que distinguir la adquisición de un derecho en Bélgica y la producción de los efectos de un derecho adquirido en el extranjero. El tribunal reconoce la validez del repudio. Sin embargo en cuanto a la pensión por alimentos, la ley marroquí es rechazada en nombre del orden público. Además de la dote por consolación, que se juzga insuficiente, el tribunal acuerda una pensión alimenticia. Según el juez, conforme al derecho belga, en el repudio unilateral puede, a semejanza del divorcio basado en la separación de hecho (art. 232 del Código civil belga), considerarse que se hace recaer sobre el marido una presunción de imputabilidad de la separación de las partes (Civ. Namur (5ème ch.), *Revue trimestrielle de droit familial*, 1990, 4V, nota infra J.-Y. CARLIER; et *Revue du droit des étrangers*, 1991, n° 64, 225).

21

Para un análisis comparativo reciente, véase: AL-DEEB, S., BONOMI, A. (dir.), *opus cit.*, 2000.

22

Véase, entre otros: LAGARDE, R., *opus cit.*, 1993.

23

BALLION, R. "La pratique judiciaire administrative et le droit maghrébin des personnes dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles", *Journal des Juges de Paix et de Police*, 1989, 69-94.

La afirmación es válida también para el recurso a la excepción del orden público: en la práctica las opiniones de los tribunales difieren sobre qué principios de derecho se verían amenazados en particular en caso de conexión de una situación concreta al derecho musulmán. Un rápido examen de la jurisprudencia pone de manifiesto que el tipo de lesión al orden público, que se considera que producen algunas instituciones musulmanas, difiere según los países y la jurisprudencia de los tribunales estudiados<sup>21</sup>. Por ejemplo, los impedimentos religiosos a la unión conyugal han sido considerados tanto como contrarios al principio de libertad de matrimonio, como contrarios al principio de laicidad del matrimonio, e incluso contrarios a los principios de no-discriminación por razón de religión y de igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, el repudio se ha considerado en contradicción con el principio de igualdad de los cónyuges, pero también en contradicción con la dignidad de la mujer y por razón de su carácter unilateral, en contradicción con el derecho de defensa (de la mujer).

Todo esto hace muy problemático el recurso a la excepción del orden público. En general se admite que el derecho extranjero puede ser excluido solamente en la medida en que su aplicación conduzca en *esas circunstancias concretas* a un resultado intolerable. Esto se hace para limitar los efectos nefastos del recurso automático al orden público, que conduce a evitar el derecho musulmán de manera sistemática pero por motivos diversos.

En otros términos, el examen (de la oposición a algunos principios considerados fundamentales) debe hacerse en relación con la situación concreta, el orden público debe tener un carácter concreto<sup>22</sup>. Esto quiere decir que el examen concreto de una situación debe permitir eventualmente, a la luz de las circunstancias particulares en las cuales ésta se produce, el reconocimiento de ciertos efectos de una institución de derecho musulmán incluso si ésta, considerada de forma

abstracta, está en flagrante contradicción con un principio fundamental del foro. Así por ejemplo, algunos tribunales han llegado a reconocer si no la validez, al menos algunos de los efectos producidos por un matrimonio polígamo, en razón de que los intereses de los hijos y su protección estarían mejor protegidos por un reconocimiento –aunque sea parcial– de la situación conyugal de los padres. Otro ejemplo es el del repudio: no es raro que un juez tenga en consideración que el repudio haya sido hecho con el consentimiento, o ante la demanda de la mujer, para superar el obstáculo del orden público y permitir a la mujer musulmana obtener la disolución del vínculo conyugal<sup>23</sup>. Este es en particular el caso, cuando el reconocimiento del repudio pronunciado en el extranjero es solicitado por la mujer que busca así, pasa ella misma, obtener la posibilidad de volverse a casar con otro hombre. Es cierto que la opinión no es unánime: algunos jueces siguen negándole al repudio todo efecto, sin tener en cuenta la voluntad individual o los intereses personales de la mujer "repudiada". El tercer y último ejemplo que aportamos, se trata de la atribución automática de la patria potestad al padre en el derecho musulmán: aunque radicalmente discriminatorio para la madre, no se excluye que esta atribución sea considerada, según los casos, como conforme al interés concreto del niño implicado; el examen de la situación personal de las partes conducirá al principio de la no-discriminación y se aplicará efectivamente la regla de derecho musulmán.

Otro matiz que permite atenuar en cierto modo los efectos no deseados de un recurso al orden público por demasiado automático y arbitrario, consiste en no utilizar la excepción del orden público con la misma intensidad cuando se trata de la adquisición de un derecho o el establecimiento de una relación jurídica (o, por el contrario, su expiración) en el estado del foro o bien el reconocimiento en este estado de los efectos de una situación adquirida, sin frau-



de, en el extranjero, de conformidad con la ley aplicable según el derecho internacional privado. Esta actitud lleva en derecho internacional privado a la teoría llamada del *efecto atenuado* del orden público.

La aplicación de esta teoría ha permitido, durante unos años, una flexibilización significativa de la jurisprudencia –en Francia sobre todo– en materia de reconocimiento del repudio y del matrimonio polígamo<sup>24</sup>, cuando éstos se habían realizado en los países de origen de las partes. Desprovisto de todo efecto, cuando el repudio ha sido realizado en Francia o en Bélgica, ciertos efectos de repudios hechos en el extranjero, en conformidad con la ley nacional de las partes, han podido ser reconocidos<sup>25</sup>. Sucede lo mismo con los efectos del matrimonio polígamo válidamente contraído en el extranjero<sup>26</sup>. Este acercamiento, que tuvo cierto éxito en los años 80, debe ser hoy cuestionado, hasta el punto de haber llevado a los tribunales –franceses en particular– a dar marcha atrás y a *rechazar* más decididamente el reconocimiento de los efectos del repudio obtenido en el extranjero<sup>27</sup>.

Hay que reconocer que las críticas son significativas. Algunos previenen

contra los abusos, teniendo en cuenta que los naturales, nacionales de un país de derecho musulmán, estarían de alguna manera autorizados a ir a repudiar a su mujer al país de origen, incluso si la pareja está establecida en Europa. Haciendo intervenir el orden público de manera “atenuada” (atribuyendo una importancia decisiva al lugar donde el acto controvertido se ha llevado a cabo) se corre el riesgo de cometer una negligencia ante los intereses de la mujer repudiada. ¿Cómo estar seguros de su consentimiento libre y completo, cuando el repudio se ha realizado en el extranjero? También las decisiones judiciales son hoy más prudentes: los tribunales expresan su preocupación por proteger los intereses de la mujer sobre todo cuando esta adopta la nacionalidad del foro (por ejemplo, francesa o belga) o dan prioridad a un divorcio judicial iniciado en Europa –donde residen las partes– *ante* un eventual repudio extranjero consecutivo. Estas decisiones están motivadas por referencia a ciertos principios fundamentales reconocidos por la Convención Europea de Derechos Humanos. Ya las hemos citado: por una parte, la igualdad de los cónyuges (art. 14 CEDH) y el derecho de

24

Véase, entre otros: BOURDELOIS, B., *opus cit.* 1993; ANCEL, B. “Le statut de la femme polygame”, en: DEKETUWER-DEFOSSEZ, Fr., (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations internationales*, París, LCDJ. 1993, 105-123.

25

Para un análisis de la jurisprudencia que, en los Países Bajos, ha servido para zanjar la cuestión: JORDENS-COTRAN, L., “Quelle attitude à l'égard de la répudiation? Le cas des Pays-Bas”, en: FOLETS, M.-C., STRIJBOSCH, F. (dir.), *opus cit.*, 1999, 199-220; más reciente, del mismo autor: *opus cit.*, 2000, 207-222.

26

Véase preferentemente: TAVERNE, M. “Quelques réflexions à propos de la polygamie”, *Annales de Droit de Louvain*, 1983, 237-238.

27

Sobre esta cuestión véanse, entre otros: LAGARDE, P., *opus cit.*, 1993, 263-282; MONEGER, Fr., “Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français”, *Journal de droit international* (Clunet), 1992, 345-374; ALEXANDRE, D. “La protection de l'épouse contre la répudiation”, en: DEKEUWER-DEFOSSEZ, Fr. (dir.), *opus cit.*, 1993, 125; para un repertorio cronológico actualizado de la jurisprudencia belga sobre esta cuestión, véase: FOLETS, M.-C. (dir.), *opus cit.*, 1998, 295-376, y en particular 376.

28

Véase en particular: MONEGER, Fr., “La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”, *Revue critique de droit international privé*, 1984, 29-69 et 267-288; para una reevaluación de los (escasos) resultados efectivos obtenidos en la aplicación de esta de esta Convención, del mismo autor: “L'application de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 par la jurisprudence française”, en: FOLETS, M.-C., STRIJBOSCH, F. (dir.), *opus cit.*, 1999, 185-198.

29

Véase, entre otros: CARLIER, J.-Y., “Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial”, *Revue trimestrielle de droit familial*, 1994, n° 3, 447-462; FOLETS, M.-C., “Remanient de quelques dispositions-clés du Code de Statut Personnel et des Successions marocain relative à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées?”, *Revue du droit des étrangers*, 1994, 125-135.

30

SARHANE, F., LAHLOU-RACHDI, N., “Réflexions sur quelques règles de conflit de lois à l'épreuve de la pratique”, en *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Les conflits de lois: le statut personnel* (Cahiers des droits maghrébins), 1995, n° 1, 81-108; ELGEDDAWY, A.K., o.c., 1971, 144-172; DEPPEZ, L., *opus cit.*, 1988, 42 ss.

31

El derecho belga excluye sobre la base de uno u otro criterio. Véanse, entre otros: WATTE, N., “Les relations familiales en droit international privé et l'incidence du principe de l'égalité entre l'homme et la femme”, en *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst* (T. II), Bruxelles, Nemesis, 1986, 911-928.



la mujer a ser oída en el marco del proceso judicial de disolución de su matrimonio (art. 16 CEDH). La hostilidad de la jurisprudencia a reconocer los efectos del repudio es hoy manifiesta.

Podríamos multiplicar los ejemplos. Está claro que las diferencias técnicas utilizadas por jueces y tribunales para modular la intervención del orden público testimonian el dilema en que se encuentra el juez en Europa desde hace unos años cuando se enfrenta a instituciones musulmanas. La concreción del orden público basada en la jerarquización de intereses en juego puede hacerse de diferentes maneras. Hemos mencionado algunas. Pero el recurso al orden público para hacer fracasar un derecho extranjero no es una solución afortunada. Por diversas razones, por otra parte. No sólo la solución no será reconocida realmente en el país de origen de las partes; independientemente de este riesgo, la principal razón, por la cual el recurso a la excepción del orden público debe quedar como una solución excepcional, reside, a nuestro entender, en el hecho de que su aplicación depende en definitiva de la función del juez. Conocemos el resultado. Una jurisprudencia muy dividida y titubeante sobre la cuestión.

## 2

### ¿La conexión a la nacionalidad o al domicilio de las partes?

Hay otras maneras menos inciertas de combatir, en el ámbito del derecho, las incompatibilidades con ciertos principios jurídicos fundamentales. En los países donde la nacionalidad todavía se usa ampliamente como criterio de conexión en materia de derecho de familia, el criterio del domicilio o el de residencia tienen, a día de hoy, una función sobre todo subsidiaria, de manera que no son tenidos en cuenta más que cuando el criterio de la nacionalidad es inoperante (por ejemplo, en el caso de los apátridas) o cuando no es unívoco (cuando se trata



de relaciones conyugales entre esposos de diferentes nacionalidades). Un medio de combatir los efectos considerados como inaceptables de las instituciones de derecho musulmán, como la discriminación de la mujer, es ponerlos en cuestión y modificar la regla de conflicto.

La regla de conflicto de leyes que actualmente designan el derecho nacional de las partes es reemplazada en este caso por una regla de conflicto que designa el derecho del foro. La razón es que éste, que además coincide con el derecho de la residencia habitual de las partes, ofrece como punto de partida garantías de igualdad de trato entre los cónyuges (por ejemplo, en lo que concierne al divorcio).

Otra solución posible es la que, después de acuerdos diplomáticos, se ha adoptado en Bélgica. Consiste en adoptar acuerdos bilaterales con los países de origen de las comunidades musulmanas de inmigrantes<sup>28</sup>. La finalidad de estos acuerdos es establecer entre Bélgica y esos países, por ejemplo Marruecos, reglas de conflicto de ley y de jurisdicción que garanticen el reconocimiento recíproco de soluciones que, tanto en Bélgica

como en Marruecos, hubieran sido elaboradas por los tribunales para regular los litigios familiares entre parejas marroquíes, así como en el seno de matrimonios mixtos entre belgas y marroquíes<sup>29</sup>.

Cualquiera de esas dos soluciones refleja una *elección política*. A través de la modificación de la regla de conflicto de ley (designando la ley nacional de las partes) a favor de la aplicación generalizada del derecho del foro (la residencia habitual), se opta por una fórmula de *integración forzada* de las familias de musulmanes residentes en Europa a las reglas del derecho de familia vigente en el país de su residencia habitual. Esto no evita complicaciones eventuales que pueden derivar de esa solución, como el hecho de que la aplicación del derecho del foro, generalmente, no es reconocido en el país de origen<sup>30</sup>. La solución que se les aplica no es exportable.

Esta solución contrasta fuertemente con la solución que mantiene la aplicación del derecho extranjero en la medida en que no sea discriminatorio<sup>31</sup>. Esta última solución autoriza o permite un cierto grado de *pluralismo* en el ámbito del estatuto personal, en la medida en que las



personas implicadas conserven la nacionalidad extranjera y no la acumulen con la nacionalidad del foro. En esta hipótesis, una persona musulmana tiene la posibilidad, en el marco de sus relaciones familiares, de continuar invocando el respeto de disposiciones de derecho de su nacionalidad en ciertos aspectos de su estatuto personal<sup>82</sup>.

En los años 80 y 90, varias reformas legislativas, especialmente en Italia y en Alemania, han hecho perder a la nacionalidad su aureola casi sagrada. Especialmente en consideración de un gran número de inmigrantes, varias voces se han hecho oír para reducir el papel de la regla de la conexión de la nacionalidad. En el derecho internacional privado francés y belga, la preferencia del Código Civil por el criterio de la nacionalidad se ha atemperado con los años por la jurisprudencia que por diversos motivos aplica en la actualidad el criterio del domicilio<sup>83</sup>.

El legislador belga, ha dictado reglas de conflicto particulares, especialmente en materia de filiación y divorcio, y ha introducido diversas reglas fundadas en el criterio de domicilio o residencia habitual<sup>84</sup>.

El resultado de estas evoluciones diversas es indudable. Con los años, se ha disminuido notablemente el ámbito de aplicación de la regla de conexión de la ley nacional de las partes.

Una parte de la doctrina sugiere restringir todavía más el ámbito de la ley nacional para someter el estatuto personal de los extranjeros a la ley del foro, cuando llevan residenciado un determinado número de años en el país, sin hacer ninguna distinción en virtud de la nacionalidad<sup>85</sup>. La sugerencia se relaciona, directa o indirectamente, con la exigencia constantemente afirmada en la doctrina y en la Jurisprudencia, sobre todo en Alemania, de un vínculo mínimo de proximidad entre la situación litigiosa y el país del foro.

Según esta concepción, el derecho alemán se aplica a toda situación que por un grado suficiente de relación de proximidad (*Inlands o Binnenbeziehung*), con el país Alemania, está vinculada al orden jurídico alemán. La existencia de ese vínculo debe ser verificada caso por caso. La teoría de la relación de proximidad (*Inlandsbeziehung*) se ha aplicado expresamente en casos relacionados con el derecho musulmán. En materia de repudio realizada en el extranjero, por ejemplo, el derecho alemán se aplicará en el caso de que la mujer sea alemana o si la pareja vive desde hace tiempo en Alemania; en consecuencia no serán reconocidos los efectos de la disolución. Igualmente, en Francia el derecho musulmán ha sido evitado sobre todo cuando una de las partes tiene nacionalidad francesa o reside en Francia, tanto si se trata de la primera mujer de un matrimonio polígamo, como de la mujer repudiada en el extranjero o del niño que intenta el reconocimiento del vínculo de paternidad<sup>86</sup>; esto es así especialmente cuando una de las partes merece protección en virtud de los criterios de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

### 3

#### Conexiones alternativas

A falta de unanimidad sobre las soluciones preferibles, no es raro que los tribunales adopten criterios de conexión alternativos según el fin perseguido.

Este método se utiliza para favorecer la validez formal de un acto jurídico. Tomemos como ejemplo el matrimonio celebrado entre musulmanes en forma privada, por ejemplo sin la participación de un funcionario civil del estado ni de un ministro de culto del país del foro. Esta forma de celebración está muy alejada de la concepción occidental del matrimonio. En todo caso no se puede negar que la celebración privada, con independencia de cómo se aplique ese término, tiene tam-

bién, en relación con las partes, la función de crear un vínculo conyugal. Algunos tribunales no han dudado en reconocer un matrimonio tal, siempre que sea válido según la ley del lugar de celebración o incluso en algunos casos según la ley nacional de la residencia de los esposos. El criterio de conexión en este caso es escogido en función del reconocimiento buscado (*favor matrimonii*)<sup>87</sup>. El mismo tipo de razonamiento se encuentra en materia de reconocimiento de un menor. Debido a que el fin buscado es establecer una relación de filiación (*favor filiationis, favor legitimitatis*), el juez hace aplicación del derecho más favorable a la situación del derecho que intenta promover (establecimiento de una relación jurídica). No es raro que el juez por su elección de un criterio de conexión, busque evitar la aplicación del derecho musulmán cuando éste no está en armonía con el principio del interés del niño<sup>88</sup>, sin que le sea necesario para proceder así, invocar la excepción de orden público.

Por otra parte, el resultado no es sistemáticamente en detrimento del derecho musulmán. Es verdad que las reglas de conflicto inspiradas en el "*favor filiationis*", por ejemplo, permiten evitar las reglas de derecho musulmán que son hostiles a la investigación de la paternidad natural<sup>89</sup>. Hace falta ser consciente siempre de que esta solución (de conexiones alternativas) puede igualmente conducir a la aplicación del derecho musulmán cuando, en ciertas circunstancias, la ley nacional de las partes o la de una de ellas sea más favorable al menor. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el derecho musulmán reconoce el estatuto de hijo legítimo a un niño nacido después de la disolución del matrimonio o el niño reconocido por la vía del *igrar*<sup>90</sup> (institución de derecho musulmán que reconoce la paternidad a un menor de padre desconocido), así el estatuto del menor es legítimo, aunque sea de padre desconocido.



**32**

Y esto durante el tiempo en el que esta persona (masculina o femenina) permanezca nacionalizada en el país de origen, sin acumular esta primera nacionalidad con la del país de residencia.

**33**

Para una análisis de esta tendencia, tal como se perfila a través de la jurisprudencia belga, véase: MEEUSEN, J. *opus cit.*, Anver, Intersentia, 1997.

**34**

En Bélgica, sobre todo en materia de divorcio, por aplicación de la ley de 27 de junio de 1960 «sobre la admisibilidad del divorcio cuando al menos uno de los cónyuges es extranjero» (*Moniteur Belge*, 9 de julio de 1960); así como en materia de adopción, en virtud de la ley de 27 abril de 1987, habiendo introducido una reforma en el Código Civil belga (*Moniteur Belge*, 27 de mayo de 1987; en vigor desde el 6 de junio de 1987), que autoriza el establecimiento de una filiación adoptiva (adopción simple) por aplicación del derecho belga, incluso cuando la ley personal de los adoptantes o de uno de ellos no reconoce la filiación adoptiva. Véase, entre otros: VERWILGHEN, M., CARLIER, L.-Y., BÉDROUX, C., et DE BURLET, L., *L'adoption internationale en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991; VERWILGHEN, M., “Renouveau de l'adoption internationale”, en: VERWILGHEN, M., DE VALKENEER, R. (dir.), *Relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 149-170.

**35**

En este sentido: MONEGER, Fr., “Les musulmans [...]” *opus cit.*, 374; DEPPEZ, J., “Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé”, en: FOBLETS, M.-C., (dir.), *opus cit.*, 113 y ss.

**36**

Sobre este tema véase: LAGARDE, P., *opus cit.*, 1993, pp. 263-282.

**37**

Para ilustrar este reconocimiento véase: FOBLETS, M.-C., “La celebration du mariage devant le Consul” (nota *infra* Civ. Liège, 28 juin 1991, *Revue du droit des étrangers*, 220-225.

**38**

Sobre este concepto y las múltiples definiciones que le han sido dadas en todo el mundo, analizadas a la luz de los Derechos humanos, véase: ALSTON, Ph. (dir.), *The Best Interest of The Child. Reconciling culture and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

**39**

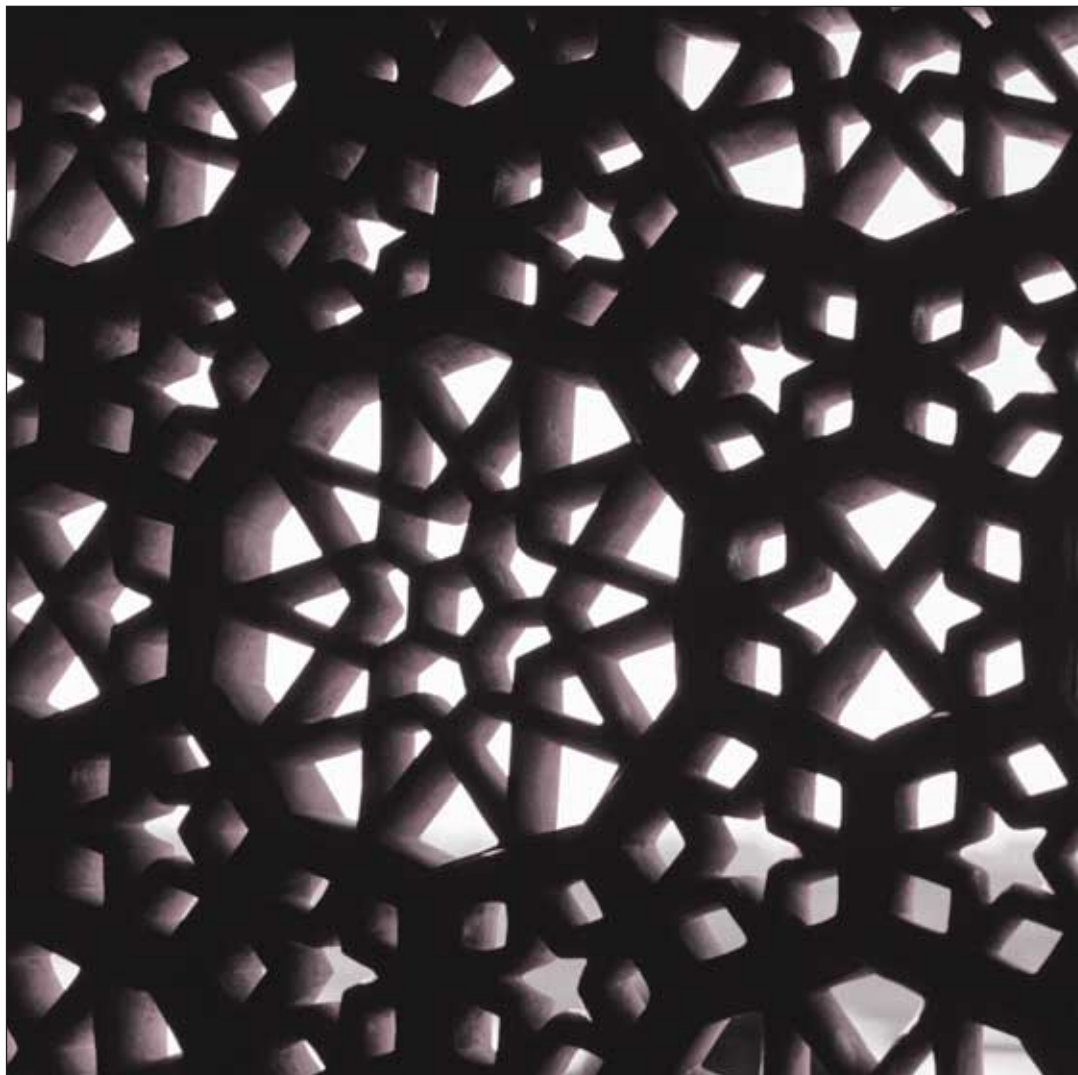
Véase, entre otros: VAN DEN ECKHOUT, V., “Tussen vaderschapsvermoeden en biologische werkelijkheid: komen opgelegde Marokkaanse afstammingswetten gelegen voor de ontrouwe echtgenote van een Marokkaans man?” (nota *infra*: Civ. Bruxelles, 27 octobre 1993), *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 1994, 108-115.

**40**

Según el análisis de esta institución de derecho musulmán muestra, se trata de un reconocimiento de paternidad que atribuye a un hijo cuyo padre es desconocido, el estatuto de hijo legítimo.

**41**

Para Bélgica, véase especialmente: WATTE, N., “Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales”, en VERWILGHEN, M., DE VALKENEER, R. (dir.), *opus cit.*, 1993, 239-275; y del mismo autor: “La loi du régime primaire de couples mixtes est-elle définitivement déterminée?” (nota *infra*: Cass., 25 mai 1992), *Revue générale de droit civil belge*, 1994, 127-133.



Los ejemplos pueden ser múltiples; llegados a este punto, está claro que los tribunales europeos aplican variablemente el derecho del foro o el derecho del país de origen de las partes, siguiendo las conexiones adoptadas por las reglas de conflicto del foro. El segundo caso puede llevarles a aplicar disposiciones del derecho de familia musulmán, en función de la nacionalidad de las partes.

No es posible hacer esto, como hemos intentado señalar, sin resolver dificultades jurídicas.

Para paliar estas dificultades existen fórmulas evasivas bien conocidas. Hemos citado ya algunas; el recurso a la excepción de orden público, la conexión alternativa, o, más categóricamente, la opción radical por una aplicación generalizada de la ley del domicilio de las partes.

**4**

#### La aplicación imperativa del derecho del foro: las leyes de policía

Cercana a esta última solución de la aplicación generalizada de la ley del domicilio de las partes, se encuentra el caso de la aplicación imperativa de la ley del foro. En algunos casos no se tiene en cuenta la aplicación del derecho extranjero, tanto si se trata del derecho de familia musulmán como de otro derecho extranjero, ya que la ley del foro es considerada la aplicable en tanto que ley de aplicación necesaria (ley de policía).

En Francia y en Bélgica, por ejemplo, la jurisprudencia ha atribuido a las reglas concernientes al régimen matrimonial denominadas “primarias” un dominio de aplicación estrictamente territorial que deroga las reglas de conflicto de leyes<sup>41</sup>.



Otro ejemplo es la obligación en varios países europeos de celebrar el matrimonio según la forma prevista por la *lex fori*, a saber ante un funcionario civil del Estado, sin tener en cuenta la nacionalidad de las partes. Este es claramente el caso en Alemania, Francia y Bélgica<sup>42</sup>.

También se aplica en materia de adopción de menores. Actualmente en varios países la adopción de menores se somete a la ley del foro. Haciéndolo así es posible evitar la prohibición de la adopción propia del derecho musulmán. Varios tribunales han homologado por este procedimiento la adopción de niños musulmanes que están en un país europeo con independencia de cual sea su nacionalidad<sup>43</sup>.

Más matizadas son las soluciones que atemperan la aplicación de la ley del foro, obligando al juez a tener en cuenta las condiciones planteadas en la ley nacional de las partes. Esto se hace con el fin de evitar en la adopción de menores que dicha adopción, que no sería reconocida en el Estado de origen, termine siendo una situación de las denominadas habitualmente en derecho internacional privado como defectuosas.

El matiz es importante; permite, según las circunstancias, tener en cuenta las disposiciones del derecho musulmán, debido a que hacerlo de otro modo podría causar un perjuicio grave a las partes implicadas. La situación denominada defectuosa es una situación particularmente difícil de vivir.

## 5

### La autonomía de las partes

La existencia de jerarquización entre ciertos principios de derecho característicos de la tradición occidental y las instituciones musulmanas ¿debe traducirse necesariamente en un conflicto abierto conducente a la aplicación de técnicas que eviten, con frecuencia de manera radical, el derecho musulmán? Es verdad que los tribunales no se ponen de acuerdo entre ellos de los criterios a aplicar para dar prioridad al derecho del foro. Esto condu-

ce a una situación injusta, con el defecto de que no ofrece un mínimo de seguridad jurídica a las partes implicadas. Hoy no queda excluido que situaciones idénticas que deban de conocer los jueces sean tratadas de manera radicalmente diferente, a pesar de que exista una configuración idéntica de los hechos y de los intereses en juego. Un juez hará gala de tolerancia en relación con una manera de organizar el estatuto personal y las relaciones de familia del derecho musulmán, otro dará prioridad a los principios fundamentales sobre los que se funda hoy en día la sociedad civil europea. Hemos puesto diversos ejemplos de esta división interna de la jurisprudencia.

Para salir de este impás, algunos autores proponen, de *lege ferenda*, tener en cuenta en el derecho internacional privado como punto de partida la autonomía de la voluntad de las partes y, en consecuencia, permitir a los extranjeros residentes en los países europeos el derecho a elegir entre la ley nacional y la ley de la residencia habitual<sup>44</sup>.

Actualmente, en el ámbito del estatuto personal, la autonomía de la voluntad no juega ningún papel salvo en relación con ciertas situaciones que ponen en juego los intereses patrimoniales de las partes afectadas. En el derecho positivo interno, la elección del derecho es hoy admitida con ciertas condiciones en materia de regímenes matrimoniales. Esto es así, entre otros países, en Francia, Alemania, Bélgica y Suiza. Puede ocurrir que esto se aplique también en los derechos sucesorios.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, a día de hoy sólo el derecho español reconoce a los cónyuges que no tengan nacionalidad común el derecho de someter sus relaciones personales a la ley nacional de uno de ellos dos o a la ley del Estado de residencia. En Francia ciertas jurisdicciones han interpretado el hecho de contraer matrimonio según la forma prevista en el derecho musulmán (con estipulación de la dote) co-

## 42

Es cierto que en Bélgica se hace una excepción a esta regla en el matrimonio celebrado entre naturales marroquíes domiciliados en Bélgica. Estos, en virtud de un acuerdo entre Marruecos y Bélgica, tienen derecho a casarse ante autoridades consulares y religiosas marroquíes en Bélgica. Sobre este tema véase: VERHOEVEN, L., "Etat des personnes et compétences consulaires. À propos d'un accord belgo-marocain", *Journal des Tribunaux*, 1980, 717-722.

## 43

No obstante los legisladores evitan situaciones en las que el niño es conducido al país (es decir, a Europa) para ser allí adoptado según el derecho del foro. En efecto, solamente el niño residente regularmente en el territorio del Estado, es decir en conformidad con las leyes sobre emigración, será admitido para la adopción. en Europa); razón por la cual el principio de vinculación a la ley de la nacionalidad (es decir, al derecho musulmán que prohíbe la adopción) son de aplicación para los niños que no tienen su residencia habitual en Europa.

## 44

CARLIER, J-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

## 45

Véase, entre otros: GANAGE, P., "La pénétration de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Revue critique de droit international privé*, 1992, 425-454.

## 46

En esta dirección, entre otros: VONKEN, A.P., "Rechtswinding in het hedendaags internationale familierecht", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 1988, 51-99.



mo un indicio de la voluntad tácita de los cónyuges de someter sus bienes al derecho musulmán, que no reconoce otro régimen que el de la separación.

La solución de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho internacional de familia no es aceptada de forma unánime<sup>45</sup>. La autonomía de la voluntad para unos no ofrecería un modelo de desarrollo para el derecho internacional de familia con las garantías requeridas de coherencia y seguridad jurídica<sup>46</sup>.

Para otros, la solución presenta ciertas ventajas; la opción por un tipo de derecho permite soluciones adaptadas a las circunstancias particulares en relación con el derecho entre particulares. Permite, en la búsqueda de una armonía internacional, superar la oposición radical entre la ley nacional y la ley de residencia habitual.

Tradicionalmente, la solución de la ley nacional ha sido la adoptada en situaciones de inmigración temporal, pues subsiste la relación de proximidad con el país de origen. Por el contrario, la solución que remite a la ley de residencia habitual tiene en cuenta la referencia a una realidad nueva, fruto de una inmigración estable. La solución de conexión con la ley de la residencia habitual de las partes constituye una solución para los extranjeros instalados en el país de acogida que no son ya en cierta manera verdaderos inmigrantes. Se han ido integrando a lo largo de los años (sea explícitamente o no) hasta el punto de haber reafirmado su vínculo de proximidad con el país de acogida. En la medida en que estos dos tipos de inmigración varían en el tiempo y en el espacio, y con frecuencia cohabitan, la opción por un derecho u otro permite la adaptación a la realidad de su trayectoria individual de inmigración de la regla de conflicto (la ley nacional o la ley de la residencia habitual), en favor de sus intereses.

La elección del derecho (este derecho a optar) permite que sus intere-

ses encuentren cierta guía jurídica para su vida familiar en la inmigración, a condición de que estén informados de las circunstancias y las consecuencias de su elección.

Es evidente que la solución prevista por la opción del derecho debe acompañarse de reglas claras de aplicación. Son necesarias reglas estrictas si se quiere hacer valer la autonomía de la voluntad de las partes en el derecho internacional de familia. La opción por un derecho debe afrontarse como un correctivo de una territorialidad forzada. ¿Hasta dónde llega la autonomía de la voluntad de las partes en materia de matrimonio y divorcio, por ejemplo? No se trata de un derecho para hacer cualquier cosa sino de un derecho de opción, dentro de los límites de lo que el legislador hubiera autorizado, en favor sólo de la ley nacional de las partes, siendo la ley de residencia habitual de aplicación en defecto de la existencia de una opción. En este aspecto, la opción por un derecho debe distinguirse radicalmente de la autonomía de la voluntad de las partes en derecho interno. Para la suplencia, conviene precisar claramente de un modo fehaciente quien es competente y en qué materias, para formular una opción de derecho. El futuro dirá si la solución de la autonomía de la voluntad, inspirada por su uso en el derecho interno, encontrará su propio camino en el derecho internacional privado.

#### IV. CONCLUSIÓN

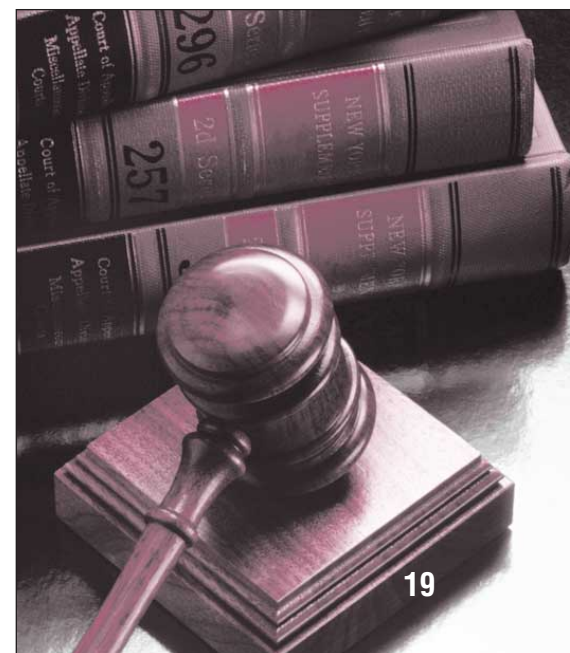
La multitud de soluciones propuestas a lo largo de los años para llevar a buen puerto la búsqueda de soluciones viables que faciliten la estabilidad de las comunidades musulmanas en Europa, en el ámbito del estatuto personal, testimonian el interés de la cuestión suscitada. También puede ser motivo de temor el hecho de que la problemática suscitada pone en juego los conflictos de valores difíciles de resolver, ya que ciertas nociones del derecho de familia y sus instituciones son conce-

bidadas de modo diverso en el derecho musulmán y en el derecho occidental.

Pero no sólo existe el temor, sino que aquí, como en otros ámbitos del derecho, la complejidad del problema debe animar a la multiplicación de soluciones, tanto jurídicas como doctrinales. No ha sido tanto el tipo de contribuciones, sino más bien el hecho de ofrecer una percepción completa de propuestas, lo que se ha traducido a lo largo de estos años en Europa en reglas de conflicto de leyes que permitan un modo pacífico de resolver las relaciones entre sistemas jurídicos dispares, el musulmán de una parte y el occidental de otra, sin tergiversar su contenido.

Hemos intentado esbozar los contornos de la problemática, tomando como referencia algunas experiencias concretas, en particular francesas y belgas, para ilustrar nuestro objetivo.

En su conjunto, la exposición se ha limitado a mostrar el estado de la situación actual, de un modo sintético y ofreciendo un análisis abstracto. La estabilidad de las comunidades musulmanas en Europa plantea un verdadero desafío, poniendo en cuestión la eficacia de los mecanismos jurídicos para acoger las instituciones de derecho extranjero, tanto desconocidas como contrarias a principios fundamentales del derecho vigente hoy día en Europa.





DERECHO ESPAÑOL

# Los fondos de garantía de pensiones de alimentos

POR DRA. GEMA TOMÁS.  
Profesora de Derecho Civil. Universidad de Deusto.



1

Puede verse la relación completa de proposiciones sobre el fondo de garantía de alimentos en: ARROYO I AMAYUELAS, E., "Los fondos de garantía de pago de pensiones de alimentos: ¿Públicos o privados?", *Revista de Derecho Privado*, n.º 3-4 (2004), pp. 209-234 (ver nota 10, p. 212). En la III Legislatura (1986-1989) las del Grupo Mixto y Minoría Catalana. En la IV Legislatura (1989-1993), Convergencia presentó una iniciativa semejante. En la VI Legislatura (1996-2000), se presentaron dos, por parte del grupo socialista y el de IU-Iniciativa per Catalunya. En la VII Legislatura (2000-2004), de nuevo presentaron proposiciones de ley los grupos parlamentarios socialista, grupo mixto, grupo de Izquierda Unida. Más tarde en 2001, presentó una proposición IU, otra en el 2002 el grupo socialista. También en 1996 se elaboró un borrador de Anteproyecto de ley por parte del Instituto de la Mujer pero no prosperó.

2

La de IV-IU-IPC, de fecha de 27 de julio de 2004 (BOCG, Congreso de los Diputados, Núm. B-112-1, de 10 de septiembre de 2004 y la del GP Catalán, de 4 de junio de 2004 (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. D-35, de 14 de junio).

3

Ver Proyecto de Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, presentado el 25.06.04 (BOCG serie A. Núm2-1 de 1.07.04) y Proyecto de Ley de Modificación CC en materia de separación y divorcio presentado el 29 de noviembre de 2004 (BOCG, serie A. Núm. 16-1, 1.12.04). Tampoco en otras proposiciones sobre la materia que había presentado el Grupo Catalán (BOCG, Serie B: Proposiciones de ley, de 23.04.04, Núm. 24-1, de Modificación del CC para posibilitar el acceso al procedimiento de divorcio sin necesidad de un previo proceso judicial de separación; o la del Grupo parlamentario mixto BOCG, Serie B: Proposiciones de ley, de 23.04.04, Núm. 52-1, sobre la misma cuestión.

4

En el caso de la ley de violencia de género se añadió en la fase de enmiendas en el Congreso, fue la enmienda núm.58 del Grupo Parlamentario Mixto (BOCG, Serie A. Núm.2-4 de 24.09.04). En el caso de la ley de modificación de separación y divorcio, se incorporó en el Senado a través de una enmienda transaccional de varios grupos. Ver enmienda núm.2 del Grupo Mixto, enmienda núm.9 del Grupo Catalán, enmienda núm.13 del Grupo Convergencia i Unió y enmienda núm.33 del Grupo Popular.

5

Puede verse sobre Derecho comparado: MARTÍN CASALS, M. y SANTIDIUMENGE FARRÉ, J., "Els funcionament dels fons de pensions alimentàries. Estudi comparat de legislació sobre pagament avançat de pensions alimentàries a menors en cas d'impagament del progenitor separat o divorciat", en ÀREA DE DRET CIVIL (Coord.). UNIVERSITAT DE GIRONA, *Materials de les Vuitenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 1994, València, Universitat de Girona/Tirant lo Blanch, 1996, p. 489-546.

6

Ver en *Textes adoptés para le Parlement Européen*. PE TEXTES juillet 1986 (doc. A.2-230/85), punto 4 y 14 (pensions alimentaires). Por el contrario, el tema de las obligaciones alimentarias está expresamente excluido de la Convención de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (art. 4 apartado e).

## 1. EL COMPROMISO DE CREACIÓN DE UN FONDO DE GARANTÍA DE PENSIONES

A lo largo del último año el Gobierno se ha comprometido en dos ocasiones a regular un fondo de garantía de pensiones de alimentos. De un lado, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Disposición adicional decimonovena) y de otro, en la Ley 15/2005, de 8 julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (Disposición adicional única). Esta última ha reproducido literalmente la contenida en la Ley de Violencia: "*El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos*". La única diferencia es que se ha eliminado la alusión que la ley de violencia de género hace a la incidencia que en la futura regulación puede tener el ser precisamente víctima de esa violencia ("*y que, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género*").

La idea de crear un Fondo de garantía para el pago de las pensiones no es novedosa. Tiene una larga historia de reivindicación social protagonizada por las Asociaciones de Mujeres Abogadas y de Madres Separadas, que llevan tiempo intentando involucrar a los poderes públicos en el frecuente incumplimiento de las resoluciones judiciales que acuerdan pensiones. Las pensiones se reconocen pero en un alto porcentaje no se hacen efectivas generándose situaciones de verdadera penuria económica. Ante esta situación se demanda que los poderes públicos creen un mecanismo que permita adelantar esas cantidades a los beneficiarios y que a *posteriori* repitan contra el deudor de las mismas.

Además ha sido un compromiso electoral de diferentes partidos políticos

que han llevado al parlamento su propuesta sobre este tema desde la III Legislatura (1986-1989). Desde entonces se han registrado en el Congreso unas diez Proposiciones de ley<sup>1</sup>, a las que hay que añadir las dos correspondientes a la actual VIII Legislatura, de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya y del Grupo Parlamentario catalán<sup>2</sup>.

Parece, por lo tanto, que tras más de una década de diferentes intentos, se anuncia la regulación de este fondo, si bien hay que decir que la convicción del Gobierno parece no muy clara desde el momento en que la idea de crear un fondo de garantía no estaba en ninguno de los dos Proyectos de ley que presentó en el Congreso<sup>3</sup>. Ambas disposiciones adicionales se han incorporado en el *iter* legislativo mediante enmiendas de diferentes grupos parlamentarios<sup>4</sup>.

Mecanismos similares a un fondo de garantía existen en varios países de la Unión europea desde hace tiempo, como es el caso de Portugal, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Inglaterra o Italia<sup>5</sup>. Y las propias instituciones comunitarias se han pronunciado sobre el tema. La resolución del Parlamento europeo de 8 de julio de 1986 sobre familias monoparentales hace ya veinte años planteaba que sólo en algunos Estados miembros existen organismos públicos o mutualistas que adelantan el montante de la pensión alimenticia y que se subrogan después en la acción del beneficiario para dirigirse contra el progenitor que impaga la pensión<sup>6</sup>.

Recientemente, el Libro verde de Obligaciones Alimentarias, elaborado a petición de la Comisión Europea en el 2004, analiza los problemas que en el cumplimiento de las obligaciones parlamentarias se plantean en el ámbito comunitario, y entre ellas está la de que no todos los Estados cuentan con un organismo público que asuma el pago de las pensiones alimentarias cuando éstas no son satisfechas. Además hay Estados que se niegan a cooperar para recaudar las sumas reclamadas por organismos extranjeros, de modo que



se plantea en ese sentido convertirlo en obligatorio en los Estados miembros de la Unión Europea<sup>7</sup>.

No sólo la Unión europea, sino también el Consejo de Europa<sup>8</sup> y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, que España ratificó en 1990, se han pronunciado a favor de que los Estados tomen medidas que aseguren las pensiones de alimentos a los hijos en caso de impago<sup>9</sup>.

Parece necesario, en consecuencia, abordar esta cuestión, habida cuenta además de que la tipificación del delito de impago de pensiones en el Código penal no parece que haya sido una solución al problema<sup>10</sup>.

## 2. OBJETO DE UN FONDO DE GARANTÍA DE PENSIONES DE ALIMENTOS

De acuerdo con las disposiciones adicionales en las que se plasma el compromiso gubernamental, “el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial”. De ello se deduce que el objeto del fondo será el de cubrir el impago de pensiones de alimentos a hijos/as menores de edad, que hayan sido reconocidas judicialmente.

Por lo tanto, de un lado quedan fuera de su ámbito las pensiones compensatorias, a pesar de que en fase parlamentaria la cuestión ha sido muy debatida<sup>11</sup>. Es lógica su exclusión de este fondo dado que la naturaleza de la esta pensión es resarcitoria, tiende a corregir el desequilibrio económico que genera la ruptura matrimonial, y en este sentido no debe entenderse en sentido alimenticio o asistencial<sup>12</sup>.

Por otra parte, dentro de las pensiones de alimentos sólo estarían cubiertas las que se hayan reconocido a hijos o hijas menores de edad. Parece obvio que la limitación de los recursos públicos obligue a ser prudentes en este sentido, sin perjuicio de que las pensiones de alimentos no están

constreñidas a la minoría de edad legal (art. 93 y 142-ss CC) sino que el criterio legal es el de la dependencia económica, circunstancia que en la actualidad suele prolongar la estancia en el hogar familiar más allá de los 18 años<sup>13</sup>.

En suma, se trataría de crear un fondo de titularidad pública que permitiera gestionar el pago de aquellas pensiones de alimentos a menores de edad que han sido reconocidas judicialmente, pero que no se han satisfecho por el progenitor deudor generando una situación de penuria económica. Estaríamos ante una función asistencial de los poderes públicos que encaja en el deber constitucional del art. 39 de protección económica y social a la familia, que se plasma en un adelanto o anticipo en los términos que se regule y que posteriormente la entidad gestora del fondo podría exigir la reclamación oportuna mediante subrogación en las acciones oportunas. En este sentido recuerda el funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) respecto a los salarios de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial.

## 3. DETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ACCESO

La ley que regule la creación del fondo deberá determinar el acceso al mismo y en concreto la forma de acreditar la situación de necesidad económica y el límite pecuniario máximo que el Gobierno esté dispuesto a cubrir en aras a esa protección social y económica a las familias. Nada se dice de esto en las disposiciones adicionales citadas, y habrá que esperar a que se dicte esa normativa para analizar el alcance que tendrá en nuestro Derecho.

Sorprende, sin embargo, que el legislador diga que en tal regulación “se tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género”. Esta referencia que añade *in fine* la disposición adicional de la Ley de medidas integrales de violencia de género, está ausente en la Ley de Modi-

7

Libro Verde Obligaciones alimentarias. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 15.04.2004, COM (2004) 254 final. Véase en [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/gpr/2004/com2004\\_0254es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/gpr/2004/com2004_0254es01.pdf).

8

En el Consejo de Europa, véase la Recomendación 869 (79) de 28 de junio de 1979 titulada “*Versement par l'Etat d'avances sur les sommes dues au titre de l'obligation alimentaire envers les enfants*”.

9

Dicha Convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. El art. 27.4 dice: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño reside en un Estado diferente de aquel en que reside el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados*”. Ver BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

10

El art. 227 del Código Penal sanciona al que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos. Antes de la reforma del 2003, se sancionaba con pena de arresto de ocho a veinte fines de semana y en la reforma, que ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2004, con la de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses. El cambio se debe a la ineficacia de la pena de arresto de fin de semana. Ver MAGRO SERVET, V., “La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo Código penal (Ley 15/2003, de 25 de noviembre)”, *La Ley*, nº 5934, 16 de enero de 2004, pp.1-7; y TOMÁS SALÁS, J., “El delito de impago de pensiones”, *Diario Jurídico Aranzadi*, 23 de octubre de 2003.

11

Tanto la enmienda que incorporó la cuestión al proyecto de violencia de género, como la enmienda transaccional al proyecto de modificación de CC en materia de separación y divorcio, incluían las pensiones compensatorias en la cobertura del fondo de garantía (“mediante Ley se creará y dotará un Fondo de Garantía para asegurar el pago de los alimentos y pensiones compensatorias en los artículos 90, 93, 97, 103 y 142 del Código Civil”). Su justificación fue la de “cubrir las necesidades más perentorias de las familias sin recursos económicos y que no reciben de manera puntual la prestación económica a que tienen derecho según lo establecido en las correspondientes resoluciones judiciales y sin posibilidades de que la reclamación legal de las pensiones sea



atendida”. Esta amplia cobertura se reduce por un cambio de posición de PNV y CIU, que consideran que las pensiones compensatorias deben de estar fuera del fondo. Pueden verse las diferentes posiciones parlamentarias en el debate parlamentario en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núm 84-2005, sesión celebrada el 21 de abril de 2005, pp.4094-ss. También la Proposición del grupo catalán de 4 de junio de 2004 (BOCG, Congreso de los Diputados, Núm.D-35, de 14 de junio) se refiere sólo a pensiones de alimentos y no a las compensatorias.

**12**

La naturaleza de la pensión compensatoria ha sido objeto de debate jurisprudencial y doctrinal, pero la nueva redacción del art. 97 despeja cualquier duda al respecto. En este sentido PASTOR VITA, F.J., “Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio”, *La Ley*, nº 6235, 20 abril 2005, pp.1-21.

**13**

Sobre el alcance de las pensiones de alimentos a mayores de edad, ver FERNÁNDEZ RAMALLO, P., “Limitaciones a la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Estudios Financieros*, nº 50 (2005) pp. 3-18, y bibliografía aquí citada, en el sentido de que a partir de la mayoría de edad la obligación alimenticia varía su naturaleza jurídica, deja de ser un deber de la patria potestad para pasar a encardirse en la obligación de alimentos de los arts. 142 y ss del Código civil.

ficación en materia de separación y divorcio, y merece cierta atención porque adolece a mi juicio de una falta de técnica jurídica.

No cabe duda de que las mujeres víctimas de violencia sufren con frecuencia la secuela del impago de las pensiones alimenticias de los hijos o hijas a su cargo y es evidente que su situación se agrava con ello. En sí mismo, ello entraña un fenómeno de “maltrato familiar”. Pero hay que decir que el mismo maltrato padece quien no es oficialmente “víctima de violencia”. Y es que la pensión de alimentos tiene por destinatarios, por beneficiarios, a los descendientes, por ello no es relevante que en la crisis de pareja haya mediado o no violencia a los efectos de salvar una situación de penuria económica. La violencia puede justificar medidas de discriminación positiva para la víctima en materia laboral, recursos sociales o vivienda, pero no debería proyectar un privilegio sobre sus hijos/as respecto

a otros que no teniendo esta condición, padecen una penosa situación económica que el poder público debe aliviar. Decir otra cosa implicaría el riesgo de vulnerar el principio de igualdad constitucional entre unos y otros.

Quizás la referencia a las “víctimas de violencia de género” no haya de interpretarse tanto como una voluntad del Gobierno de dar un trato de favor de las víctimas de violencia, sino más bien como una manera de hacer presente este maltrato económico en lo que fue la primera ley orgánica de la legislatura, a pesar de que técnicamente no era su sede idónea. Habrá que esperar a la aprobación de la norma que regule el fondo de garantía para ver si se ajusta al criterio exclusivamente económico, como lo han hecho todas las normas autonómicas de igualdad que ya han contemplado la cuestión y como parece orientarse la propia Unión europea en las disposiciones citadas.



#### 4. EL FONDO DE GARANTÍA EN LAS LEYES AUTONÓMICAS DE IGUALDAD

Dos normas autonómicas de igualdad han previsto ya este fondo de garantía de pensiones de alimentos. Es el caso de Valencia, en primer lugar, y del País Vasco, más recientemente. En Cataluña, sin embargo, se contempla dentro de la legislación de protección a la familia.

Comenzando por la ley valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres<sup>14</sup>, el art. 26 (situado en el Capítulo IV relativo a “Bienestar y familia”) y titulado “La feminización de la pobreza” dice: *“En el ámbito de aplicación de la presente ley, y para evitar bolsas de marginalidad o pobreza que está suponiendo el impago reiterado de las pensiones por alimentos a las mujeres, la Generalitat Valenciana garantizará, mediante un sistema anticipos, el pago de alimentos reconocidos, a favor de las hijas e hijos menores de edad, en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio y proceso de filiación o de alimentos. El pago de los anticipos previstos se atenderá con cargo a un Fondo dotado en los Presupuestos de la Generalitat Valenciana. La gestión de dicho Fondo corresponderá a la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo”*.

En este sentido, el Decreto 3/2003, de 21 de enero, del Consell de la Generalitat, creó el Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos en la Comunidad Valenciana<sup>15</sup>. La finalidad de este fondo es según el art. 1.1: *“Garantizar a los hijos la percepción de aquellas cantidades que, en concepto de pensión por alimentos, haya reconocido en su favor una resolución judicial en procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, o de ruptura de la convivencia familiar, en caso de incumplimiento de la obligación de pago de dichas cantidades por el progenitor obligado a ello y sean reclamadas en vía judicial”*<sup>16</sup>. Y tal y como dice la norma de igualdad, no basta con el

reconocimiento judicial de la pensión y de la admisión de la ejecución forzosa de la resolución judicial por impago, sino que es necesario acreditar suficientemente que la unidad familiar a la que pertenezca el beneficiario carece de medios de subsistencia o que éstos sean insuficientes (ver art. 3 c). Si se dan estas circunstancias, el párrafo 2 establece que *“los afectados dispondrán de la posibilidad de acceder a un anticipo de una entidad financiera colaboradora de la Generalitat, por importe máximo equivalente a la pensión determinada por el juez, impagada y reclamada su ejecución en vía judicial, entretanto no se produzca la finalización judicial relativa a la ejecución forzosa del impago”*<sup>17</sup>. Por lo tanto es un anticipo y hay obligación legal de reembolsar al Fondo en el plazo de un mes las cantidades cobradas en el caso de pago, bien judicial o extrajudicial, por el obligado a ello<sup>18</sup>.

El mismo año 2003 se aprueba en Cataluña la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias<sup>19</sup> y dentro del Capítulo IV destinado a las “Medidas destinadas a familias con personas en situación de riesgo de exclusión social”, el art. 44 regula el Fondo de garantía de pensiones alimenticias con el tenor siguiente: *“El Gobierno debe constituir un fondo de garantía para cubrir, preferentemente, el impago de pensiones alimenticias y, adicionalmente, el impago de pensiones compensatorias. Este fondo debe utilizarse cuando exista constatación judicial de incumplimiento del deber de satisfacerlas y este incumplimiento comporte una situación de precariedad económica con riesgo de exclusión social, de acuerdo con los límites y condiciones que se fijen por vía reglamentaria. La prestación no debe superar, en ningún caso, el equivalente al salario mínimo interprofesional más el 30% de éste por cada miembro o el salario mínimo interprofesional más el 60% si se trata de una persona en estado de dependencia”*. Destaca su amplitud dado que contempla también las pensiones compensatorias, pero en todo caso, dice literalmente la ley, debe tratarse de si-



14

BOE, 8 de mayo de 2003.

15

DOGV, n° 4.429, de 30 de enero de 2003, pp. 2068 y ss.

16

Son beneficiarios los hijos (de matrimonios o de uniones de hecho) empadronados en la CA Valenciana al menos un año antes de la fecha la solicitud a quienes una resolución judicial les haya reconocido derecho a recibir una pensión por alimentos. Y tanto los menores de edad como los mayores de edad (art. 2).

17

Este Decreto prevé que la Generalitat celebrará acuerdos con diferentes entidades financieras las cuales harán efectivos las cantidades correspondientes previa presentación de la resolución del Fondo, que es el título que le permite al beneficiario de la pensión obtener una cantidad equivalente a la debida.



**18**

Ver la crítica a esta regulación de RODRÍGUEZ GARCÍA, L.F., “Legislar para la igualdad. Una reflexión a propósito de la Ley valenciana para la igualdad”, [www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/fororodrigue.pdf](http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/fororodrigue.pdf) (Observatorio de género, última consulta: 10 octubre de 2005). Considera que es “un problema surgido entre particulares” y no tiene por qué exigir la creación de un mecanismo de solidaridad social“. Sería más oportuno la creación de una fiducia o patrimonio de afectación, al estilo de la existente en Québec (art. 591 Código Civil) y que se basa en el trust anglosajón. Se trataría de aislar parte del patrimonio del deudor constituyendo con él un patrimonio separado de afectación, independiente, que es adscrito a una finalidad o en beneficio de determinadas personas y que permite garantizar el cobro de la pensión. Este patrimonio se crea por sentencia judicial que declare expresamente su constitución, la desposesión de los bienes en la cuantía necesaria para poder pagar la pensión y se nombra un administrador. Concluido el fin para el que se constituyó, los bienes retornan al patrimonio del deudor. En defensa de la misma idea, ampliamente ARROYO, *opus cit.*, pp. 224-232.

**19**

DOGC, núm. 3926, de 16 julio 2003, p. 14212 y ss, ver 14218 en relación art. 44.

**20**

Consta el acuerdo en BOPC núm.148, de 13 de febrero de 2001. Dicho informe finalizó el 20 marzo de 2002. Sobre la elaboración del mismo: ARROYO, *opus cit.*, pp. 213-218.

**21**

BOPV, n° 42, 2 de marzo 2005. Ya el grupo foralista alavés presentó una Proposición sobre la creación de un fondo de compensación de pensiones para rupturas matrimoniales en 1996 (BOPV, 20 noviembre 1996).

**22**

En el Borrador de Anteproyecto de Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres, se contenía el art. 48 (“Integración social”) cuyo párrafo 2 decía: “El Gobierno vasco promoverá la creación de un fondo de garantía para compensar las situaciones de precariedad económica derivadas del impago de pensiones alimenticias fijadas por resolución judicial en los casos de nulidad, separación y divorcio”. Más tarde el Proyecto de Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres, incorpora esta cuestión en el art. 45 (“Inclusión social”) apartado 2: “La Administración de la Comunidad autónoma promoverá las medidas de índole jurídica y económica necesarias para mejorar las condiciones de las personas que se encuentran en una situación de precariedad económica derivada de la viudedad, así como del impago de pensiones compensatorias y alimenticias fijadas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los casos de nulidad matrimonial, separación legal, divorcio, extinción de la pareja de hecho por ruptura, o proceso de filiación o de alimentos”.



tuciones “de precariedad económica con riesgo de exclusión social”. En el Parlamento de esta comunidad ya se había acordado en el año 2001 la decisión de realizar un informe previo a la constitución de un “fondo de garantía de pensiones por ruptura matrimonial, de las uniones estables de pareja y de alimentos”. La finalidad era la de contar con datos fiables que permitieran calcular el alcance económico que tendría ponerlo en marcha. El año 2002 finaliza dicho informe, y en el 2003 la ley citada anuncia el deber del gobierno de creación del fondo<sup>20</sup>.

Por lo que respecta a la Comunidad vasca, la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres<sup>21</sup> afirma en el artículo 45, apartado segundo, bajo el epígrafe de “Inclusión social” lo siguiente: “Las administraciones públicas vascas promoverán las medidas de índole jurídica y económica necesarias para mejorar las condiciones de las personas

que se encuentren en una situación de precariedad económica derivada de la viudedad, así como del impago de pensiones compensatorias y alimenticias fijadas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los casos de nulidad matrimonial, separación legal, divorcio, extinción de la pareja de hecho por ruptura, o proceso de filiación o de alimentos. A tal fin, crearán un fondo de garantía para situaciones de impago de pensiones y establecerán complementos para las pensiones de viudedad más bajas”.

Esta ley se ha gestado en un largo periodo de tiempo y el alcance de este precepto ha ido creciendo progresivamente<sup>22</sup>. El resultado final es realmente ambicioso porque da cobertura al impago de pensiones tanto compensatorias como alimenticias, respecto a las que no se alude a la edad y además promete complementos para las pensiones de viudedad. Habrá que esperar al desarrollo de esta norma para ver su alcance efectivo.

# La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia

POR ISAAC TENA PIAZUELO.  
Profesor Titular de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho,  
Universidad de Zaragoza.

**1**

El presente trabajo guarda relación con otro mío, anterior, publicado en esta misma Revista: “La guarda compartida en Derecho francés”, *Aequilitas*, nº 7, mayo-agosto 2001, pp. 6 a 13. Resulta natural que algunas opiniones y cierta doctrina científica vertidas allá sean referidas también ahora.

**2**

Incluso resulta curioso que, en ocasiones sea más importante el debate político y social que la trascendencia real de las novedades jurídicas introducidas por las leyes. Un ejemplo, provisional, puede referirse a propósito de lo que sucede con el recién instaurado matrimonio homosexual: des-



de el anuncio de la medida, y en su tramitación parlamentaria, ha hecho correr ríos de tinta, ha desencadenado movimientos sociales encontrados y, al final, agrias acusaciones entre algunos representantes políticos y los especialistas de reparto. Y, pese a todo, la realidad (barómetro del CIS de junio de 2004 sobre la aceptación de las parejas de hecho y la homosexualidad) es que mientras un 74,8% de españoles se pronuncia a favor de que se reconozca a las parejas de hecho los mismos derechos y obligaciones que tienen los matrimonios, cuando se trata de formular en concreto tales derechos un 50,3% frente al 37,8% no les reconocería pensión de viudedad; un 44,9%, frente al 42,8% no les reconocería derecho a heredar; un 70,9% frente a un 16% no reconocería derecho de adopción. Dejando de lado que, como fenómeno, el número de parejas homosexuales no resulta demasiado significativo (según los datos barajados en aquel “barómetro”, puede tratarse del 0,11% del total de parejas matrimoniales y no matrimoniales) lo cierto es que los matrimonios que hasta ahora han llegado a celebrarse al amparo de la Ley 13/2005, de 1 de julio, tampoco dan a entender otra cosa (según parece, unas 4.500 parejas del mismo sexo han contraído matrimonio en el primer año de vigencia de la ley).

3

Téngase en cuenta, con carácter general para el estudio de las últimas novedades legislativas, a LINACERO DE LA FUENTE, M<sup>a</sup> A., “Leyes de familia y Constitución: ley 13/2005, de 1 de julio y ley 15/2005, de 8 de julio”, *RDJ* 3/2006, pp. 33-82.

4

Desde una perspectiva más amplia, también me ocupo de esta cuestión en mi trabajo “La noción jurídica de crisis conyugal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3/2005, pp. 487-508.

5

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Correlativamente, no había divorcio desde que desapareció en 1939, al derogarse la Ley republicana de Divorcio de 1932. Y el sistema legal de gestión de las crisis conyugales pasaba por el reconocimiento de la separación legal, ya que no se atribuían especiales efectos a la separación puramente fáctica.

6

En el contexto europeo y en el período que va de 1980 a 2004, se ha observado un incremento del 50% en las rupturas matrimoniales. Estadísticamente se produce el fracaso o ruptura de la mitad de los matrimonios contraídos en Europa. De tal modo que en los últimos quince años se han roto en Europa más de diez millones de matrimonios, lo que a su vez permite estimar que son más de dieciséis millones los niños *involucrados en el fenómeno*. En el grupo de los quince comunitarios, Portugal (con un incremento del 89%) es el país en que más destaca el fenómeno de la ruptura matrimonial en los últimos diez años, seguido de Italia (62%) y España (59%). Pese a todo, en nuestro país los matrimonios tienen un mayor promedio de duración, que puede cifrarse en 13,8 años (en el extremo contrario, el matrimonio de los chipriotas apenas dura siete años por término medio). *Cfr.* Instituto de Política Familiar, “Informe: evolución de la familia en Europa (2006)”, presentado en el Parlamento Europeo el 9 de mayo.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El Derecho de familia está resultando una de las ramas más dinámicas del Ordenamiento jurídico español. Sin duda las últimas reformas producidas, de las que ampliamente se han hecho eco los medios de comunicación, resultan llamativas tanto dentro, como fuera de nuestras fronteras. Ocupan y preocupan a los juristas, pero también reclaman el interés de la mayoría de los ciudadanos pues, más allá de su alcance técnico-jurídico, han calado profundamente en la opinión pública<sup>2</sup>.

En algunos casos, esas reformas últimas han situado nuestro Derecho en el reducido grupo de países que admiten como modalidad de matrimonio el que contraen dos personas del mismo sexo, o de los que regulan un régimen de divorcio que no por casualidad ha sido denominado “divorcio express”, o de los países en que se ha introducido una modalidad de guarda sobre los hijos de la pareja separada o divorciada que tiene carácter *compartido*.

En nuestro país se ha secundado la iniciativa el Gobierno francés, que con la *Ley sobre la autoridad parental*, que entró en vigor el día 5 de marzo de 2002, fue el primer país europeo en optar legalmente por fórmulas de coparentalidad. Son muchas las esperanzas que se han depositado en la guarda conjunta. Pues se atribuye al modelo la virtud de hacer más llevadera para los hijos la ruptura de los padres. Incluso se dice que puede aliviar los términos de la disputa entre los padres, reduciendo también —finalmente— el número de divorcios. En cuanto a la guarda compartida, que es la novedad de que pretendo ocuparme directamente, debe tenerse en cuenta que este fenómeno tiene un presupuesto: que, habiendo hijos, se produzca la ruptura o crisis entre los progenitores. Es decir el marco general en que debe estudiarse la guarda compartida son las crisis de pareja, matrimonial o no. Creo que por eso, en cuanto constituye un presupuesto, resulta útil que dedique unas líneas a contextualizar las situa-

ciones de crisis familiar en este momento.

## II. CONTEXTO ACTUAL DE LAS CRISIS FAMILIARES

Cuando en el verano de 2005 se aprobó por el pleno del Congreso la reforma de la separación y del divorcio en España, sin perjuicio del mayor o menor acierto de técnica y política legislativas, podría pensarse que tal vez fuera hora: transcurrido casi un cuarto de siglo desde su reforma en el Código civil, el procedimiento jurídico de gestión de las crisis conyugales era objeto de una puesta al día<sup>3</sup>. Pues mucho ha cambiado la sociedad española desde aquella Ley del divorcio de 1981. El tiempo dirá si se ha sabido responder adecuadamente a las exigencias del cambio, en una materia en la que es delicado experimentar, pues los errores tienen consecuencias que no resulta fácil resolver.

De cualquier modo, aunque no pueda hacer un análisis exhaustivo de las novedades acontecidas en las últimas décadas, en los conceptos de pareja, matrimonio, familia, y crisis familiar, vale la pena destacar algunos aspectos especialmente llamativos<sup>4</sup>.

Sin duda la circunstancia más importante de las que han afectado a las crisis jurídicas del matrimonio es la realidad del divorcio, que fue reintroducido en nuestro país en 1981<sup>5</sup>. Un fenómeno relacionado con el divorcio, y que ha adquirido en los últimos años una importancia creciente, es la extensión, y la socialización del fenómeno de las crisis matrimoniales. Según el Informe del Instituto de Política Familiar (publicado el mes de junio de 2005) en España, el índice de rupturas matrimoniales ha batido en 2004 su récord desde 1981: cada 3,9 minutos se produce la quiebra (tanto por separación, como por divorcio) de una pareja matrimonial. Tomando como referencia los ocho últimos años, de 1996 a 2004, se ha producido un incremento de más de un 60% en el número de rupturas familiares<sup>6</sup>. Actualmente, en términos



estadísticos, casi la mitad de los matrimonios españoles se divorcian. Al mismo tiempo que se desenfrena el fracaso familiar se ha incrementado la preocupación institucional hacia las consecuencias de las crisis matrimoniales y familiares<sup>7</sup>. Entre otras medidas dicha atención está llevando a que en nuestro país también se esté legislando la denominada *mediación familiar*; seis de las diecisiete CCAA ya cuentan con una Ley propia en la materia<sup>8</sup>, en espera de que el Gobierno elabore la anunciada (en la propia Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*<sup>9</sup>) Ley general sobre mediación familiar.

Además de la propia inestabilidad del modelo matrimonial, hay que tener en cuenta la consideración que reciben las nuevas formas de convivencia en pareja, no matrimonial, las uniones de hecho. Obviamente el fenómeno no resulta novedoso. Sí lo es, en cambio, la admisión de su licitud y la regulación de derecho por las leyes. Aunque no deja de resultar un tanto sorprendente, lo cierto es que, en ausencia de una ley general que regule en todo el Estado las parejas de hecho, en este momento once CCAA tienen su propia Ley sobre parejas estables no casadas<sup>10</sup>. Aunque el fenómeno de las uniones de hecho no agote la estadística, el Anuario Estadístico de España (2006) publica que en 2004 el porcentaje de los nacimientos de madre no casada se eleva al 25,08%<sup>11</sup>.

Desde luego en la evolución de las relaciones familiares no puede pasarse por alto algo que tiene una trascendencia especial para la comprensión de la guarda compartida: la nueva consideración igualitaria que reciben los miembros del grupo familiar. No solamente se ha consagrado a partir de la Constitución la igualdad jurídica del hombre y de la mujer<sup>12</sup> solteros, y de la esposa y el marido, sino que además se ha incorporado efectivamente a nuestro Ordenamiento jurídico el principio del interés superior del niño<sup>13</sup>.

Igualmente ha resultado de suma trascendencia la asunción de nuevos roles, por la mujer, por el hombre, en definitiva por la pareja, que superan algunos estereotipos tradicionales que se les han venido encomendando socialmente. Los encargados en detectar nuevas *tendencias* en el modo de vida de los individuos y de las familias (los *scooters*, o buscadores de tendencias), ven cómo unas suceden a otras a un ritmo tan dinámico como el de las modas. Si hace apenas unos años la vida *cocooning* (lo que en francés se denomina un *comportement casanier*) parecía sugerente, poco después el hombre *metrosexual* (opuesto a otro estereotipo, el de los “*quirkyalones*”, pues mientras aquéllos son personas que hacen gala de ser sensibles y preocupadas por su físico, los otros ofrecen un gusto curioso por la soledad) se atrevía a salir de casa, por fin ha vuelto el *hombre-hombre*, el *ubersexual*<sup>14</sup> es el que arrasa.

Sin olvidar un colectivo que puede rondar en nuestro país las ochocientas mil personas, los “*dinkis*” (‘*Double Income No Kids*’ –salario doble sin hijos–): parejas sin hijos, de entre 25 y 35 años que disfrutan de un alto nivel adquisitivo al percibir sendos sueldos; muchas parejas tienen lo que resulta ser una “*etapa dinki*”, hasta que reciben descendencia, pero en otras ocasiones se trata de una situación de carácter estable (aunque, por razones obvias este último caso, me interesa menos en relación a los problemas de la guarda).

Buena parte de estos modelos tienen significados representantes (incluso a su pesar) en la vida pública, en el campo del deporte, o en el de las artes. Incluso las modas sobre la pareja no cesan de experimentar vaivenes, en un momento en que se aprecia socialmente, de un modo mucho más positivo que en épocas pasadas, la condición de *single*, soltero o *impar*.

No solamente se han incorporado nuevos valores a los estereotipos femenino y masculino, sino que se reivindican de otra manera los derechos que los fundamentan. En ese

7

Es la propia Unión Europea la que explicita tal preocupación, en una Recomendación de 21 de enero de 1989 sobre mediación familiar. La importancia de la misma es fundamental en el desarrollo que, también en nuestro país, está teniendo esa modalidad de mediación; así puede constatar a partir de las exposiciones de motivos de las leyes de ámbito autonómico que se ocupan en este momento de la mediación familiar, ya que suelen tomar pie en aquella Recomendación.

8

Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de marzo), Galicia (Ley 4/2001, de 31 de mayo), Valencia (Ley 7/2001, de 26 de noviembre), Canarias (Ley 15/2003, de 8 de abril), Castilla-La Mancha (Ley 4/2005, de 24 de mayo), y Castilla y León (Ley 1/2006, de 6 de abril). Otras CCAA llevan muy adelantados los trabajos prelegislativos, también la Comunidad de Aragón.

9

Disposición final 3ª: “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

10

A ese conjunto de leyes especiales habría que añadir las previsiones de algunas compilaciones de Derecho civil. El 6 de Junio del 2006 se aprobó en el Parlamento de gallego la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia que, en cuanto a las uniones extramatrimoniales y sin perjuicio de que se dicte una ley específica, se prevé que se les extiendan los derechos y deberes reconocidos a los cónyuges por aquella Ley; otra novedad de la Ley de Derecho civil de Galicia es que dispone que las referencias hechas al hombre o a la mujer, o a uno solo de los géneros, se deberán entender referidas a ambos sexos.

11

Lo que bien puede consignarse entre los fenómenos significativos de la familia española en la actualidad, teniendo en cuenta la evolución en este respecto: 13,12 % en 1997, y en los años sucesivos 14,51%, 16,30%, 17,74%, 19,73%, 21,78%, 23,41%. Sin duda los problemas de ejercicio de la guarda en este tipo de familias tienen su propia autonomía, sobre la regla general (por lo expuesto, cada vez menor) de que los hijos se engendran en pareja de fundación matrimonial (religiosa, mayoritariamente, o civil en una cuarta parte –Cfr. Informe Instituto de Política Familiar, junio, 2005).

12

El penúltimo tramo de esa progresión puede encontrarse, tal vez, en marzo de este año, cuando el Gobierno aprueba el anteproyecto de Ley de Igualdad. Su artículo primero justifica la Ley para “hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer en cualesquiera ámbitos de la vida...”.

13

Un buen compendio de las consecuencias de tal principio puede encontrarse en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



14

Para SALZMAN, M. (quien, al parecer, acuñó el término “metrosexual”); MATATHIS, I. y O'REILLY, A., autoras del libro *The Future of Men* (El futuro de los hombres), el término alude a un modelo de hombre de otra época pasada, fuerte, decidido..., para el que ocuparse de la familia y el hogar ya no es visto como algo poco masculino; se trata, según dicen, de los “hombres alfa”.

15

Pues por desgracia los medios de comunicación proporcionan suficientes ejemplos de tales sucesos, cada vez menos aislados.

16

Un botón de muestra: el pasado mes de enero fue noticia el desbaratamiento de una *conspiración* (además de otras mascaradas) de un grupo de padres divorciados ingleses (pertenecientes a la asociación *Padres por la Justicia*, “*Fathers 4 Justice*”) que, al parecer, pretendía secuestrar (al menos durante una hora) al hijo menor del primer ministro británico, con el objeto de llamar aquéllos la atención sobre su situación, reivindicando el derecho a pasar más tiempo con sus hijos.

17

Cuestión sobre la que comienza a haber cierta literatura científica, *vgr.*: AGUILAR CUENCA, J.M., “El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental”, *Revista de Derecho de Familia*, 29/2005, pp. 71-82; BLANCO BAREA, M<sup>a</sup>J., “¿Qué es el síndrome de alienación parental?”, *IURIS: actualidad y práctica del Derecho*, 90/2005, pp. 44-55; RÍOS GONZÁLEZ, M. de los, “Cambio de guarda y custodia. El síndrome de Alineación Parental. Aspectos prácticos”, *Revista de Derecho de Familia*, 27/2005, pp. 305-310.

18

Su “especialización histórica como gestora del hogar”, en palabras de CARRASCO PERERA, A. (*cf.*: “Tribuna sobre guarda compartida”, en [www.separadasydivorciadas.org/custodiacompartida.pdf](http://www.separadasydivorciadas.org/custodiacompartida.pdf)).

19

Además de las razones derivadas de la inercia histórica. Aunque los criterios de adscripción de cometidos y tareas, basados en una apropiación del género, cada día son más relativos. Tal vez, en consideración del estado de la ciencia, la última frontera que separa lo que es propio de la mujer y lo que permite la condición del hombre, como seres complementariamente sexuados, tiene que ver con la gestación y el alumbramiento de su prole.

20

España (con 1,32 hijos por mujer), junto con Grecia (1,29) e Italia (1,34) integran el grupo de países comunitarios con índice de natalidad crítico. En general en Europa dicho índice es de 1,5, frente al 2,1 que constituye el índice de reemplazo generacional. *Cfr.* Instituto de Política Familiar, “Informe: evolución de la familia en Europa (2006)”.

21

*Cfr.* Instituto de Política Familiar, Informe 2006, *cit.*

sentido, puede resultar un fenómeno<sup>14</sup> alarmante la dejación (desamparo, abandono incluso de los recién alumbrados, malos tratos en la esfera familiar...) por los progenitores de funciones que les corresponden con respecto de los hijos; y también, en el extremo contrario, en otros casos (particularmente en situaciones de ruptura de relaciones entre los progenitores) parece defenderse con saña el derecho a tener la compañía de los hijos<sup>15</sup>. Incluso, en ocasiones, se ataca con la igual saña el mismo derecho que tiene el otro progenitor a relacionarse con sus hijos, tratando de excluirlo absolutamente: en tal sentido se identifica el llamado “síndrome de alienación parental”<sup>16</sup>.

Con respecto a los nuevos paradigmas de comportamiento social debe considerarse la trascendencia enorme que ha supuesto, en tantos ámbitos de la economía, y también de la familia, la definitiva incorporación de la mujer al mundo laboral. Este fenómeno, por sí solo, hubiera sido suficiente para trastocar la tradicional distribución de papeles, en que era fundamental que la mujer se dedicase en exclusiva al cuidado del hogar y a la atención de los miembros de la familia<sup>17</sup>. Aunque hoy en día no ha dejado de considerarse que también aquél es uno de los cometidos que, por razones de género<sup>18</sup>, ha de desempeñar la esposa, ahora ya no resulta una ocupación exclusiva, sino que la mujer *debe* compaginar su trabajo fuera del hogar con las tareas que los tópicos sociales le encomendaban.

Por otra parte ese trabajo profesional de la mujer no solamente le ha reportado posibilidades de emancipación real, de que antes carecía en buena medida, sino que le ocasiona iguales dificultades que al varón a la hora de dedicar a los hijos un tiempo que ya no se les puede dispensar de manera casi en exclusiva. Tal vez aquí, precisamente, radique la especial idoneidad de la guarda compartida: no solamente puede resultar adecuada al interés de los hijos. Sino que igual-

mente se acomoda a la aspiración del padre y de la madre de serlo con sus hijos, cuando la dedicación que éstos demandan no pueden proporcionarla de manera exclusiva ni el uno ni el otro, sino por unos tiempos concretos y limitados. Por supuesto, siempre en el puro plano de lo ideal.

No puede dejarse de lado la caracterización de las relaciones padres-hijos en la actualidad, en el seno del grupo familiar, en que se asumen valores claramente diferentes de los preponderantes hace a penas una década. Deben incluirse factores muy diversos a partir de un progresivo reconocimiento de la autonomía personal de los menores de edad, que en la práctica va siempre por delante de lo que en estricta técnica jurídica sería su capacidad de obrar.

Ello a su vez tiene su correlato en la atenuación, asimismo progresiva, del principio de autoridad paterna (entendida tradicionalmente como potestad de varón) y en la introducción de pautas de discusión y negociación en todos los niveles de las relaciones familiares.

Igualmente debe considerarse que las familias españolas han cambiado en lo que respecta a su dimensión nuclear: se trata de familias reducidas, en cuanto al número de sus miembros, pues el índice de natalidad (aunque en los últimos años ha experimentado un ligero repunte, gracias a la emigración fundamentalmente) sigue siendo considerado como “crítico”<sup>20</sup>. La familia española es cada vez más internacional, debido a la importancia del fenómeno de la emigración, y al incremento de las adopciones internacionales, circunstancias que tampoco resultan ajenas al cambio en la manera de entender las relaciones familiares.

La familia española se concierta a partir de una edad más avanzada de los progenitores: en el contexto de la Unión Europea la mujer española es la que más tarde comienza a tener hijos, en términos estadísticos, a los 30,84 años<sup>21</sup>.



En el relato de novedades sustanciales, en la conformación de la familia y el matrimonio, no ha de olvidarse la supresión del requisito de la diferenciación sexual entre los contrayentes del matrimonio civil, y la posibilidad de que las personas con orientación homosexual puedan ser adoptantes en general. Lo primero es consecuencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; dicha Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE de fecha 2 de julio (*cf.* D. Final 2<sup>a</sup>)<sup>22</sup>. Por otra parte, a principios del mes de junio comienza su andadura la que, de prosperar el proyecto aprobado en Consejo de Ministros, será la Ley de identidad sexual, con la que se pretende facilitar la concordancia registral del sexo querido o percibido por los transexuales, que podrá prevalecer sobre la dotación sexual de nacimiento, que es fundamentalmente la que se ha tenido en cuenta hasta ahora.

En el contexto así descrito, muy a grandes rasgos, es en que el mes de julio de 2005, se originó legalmente un nuevo sistema de gestión de las crisis conyugales. Caracterizado por los plazos brevísimos para poder solicitar y obtener el divorcio, y también por la supresión de la separación conyugal que era un trámite por lo general previo a la solicitud del divorcio. Es decir, desde los años ochenta el sistema legal de gestión de las rupturas conyugales estaba constituido por la separación y el divorcio. Y además la separación venía ocupando un carácter accesorio o instrumental del divorcio vincular, en la práctica, pues era aquella una situación provisional tendente a preparar otra definitiva cual el divorcio<sup>23</sup>.

La otra novedad importante de las contenidas en la Ley 15/2005 ha sido la trastocación del sistema tradicional de distribución de las funciones parentales en las situaciones de ruptura de la convivencia entre los progenitores: la introducción de la guarda compartida. Con ello se ha culminado la evolución que en las úl-

timas décadas comenzó a acelerarse, tras las reformas –en los años ochenta– del Derecho de familia contenido en el Código civil, con la finalidad de acabar de cohesionarlo con los nuevos principios constitucionales.

### III. RÉGIMEN PRECEDENTE A LA REFORMA. LA GUARDA EXCLUSIVA

La comprensión del sistema actual tiene como presupuesto que entendamos la terminología tan diversa que se ha venido empleando, qué significado tienen expresiones como *guarda, custodia, patria potestad*<sup>24</sup>... La segunda cuestión que debemos aclarar luego es la referente al criterio de atribución de la guarda antes de la reforma del pasado mes de julio de 2005.

Las referencias del Código civil español al ejercicio de la guarda sobre los hijos pertenecen a órdenes distintos, o cuando menos tienen en él una sistemática distinta. De un lado están las disposiciones referentes a las relaciones paterno-filiales, de otro los efectos de la separación o el divorcio. En el primer grupo normativo de los apuntados deben tenerse en cuenta los artículos 156 (que, en las situaciones de normalidad familiar, contiene una importante regla de ejercicio conjunto de la patria potestad) y 159 CC. El último párrafo del art. 156<sup>25</sup> parece que se está refiriendo exclusivamente al supuesto de separación de hecho de los padres<sup>26</sup>.

Las dificultades para entender qué es la guarda no acaban con las de orden sistemático, pues aquel término tiene una manifiesta plurivocidad (además, con frecuencia la expresión “guarda” aparece asociada a la de “custodia”). La doctrina española no ha dedicado demasiada atención al concepto de guarda, como distinto del de patria potestad. En realidad, como digo, tal diferencia tiene verdaderamente sentido cuando presupone que se ha roto la convivencia de los padres, y consiguientemente ya no es posible que ambos convivan con el hijo, sino que éste vive con uno u otro de los

22

Aunque ahora no me ocupe del fenómeno, la verdad es que el desarrollo de la adopción en nuestro país tiene características específicas. Entre otras razones, la falta de niños abandonados, y el descenso en los niveles de natalidad, han provocado (sin excluir, tal vez, la influencia de algunas modas) la gran importancia adquirida por la adopción internacional: España es, después de los EEUU, el país en que hay mayor demanda de niños extranjeros en condiciones de ser adoptados.

23

Pero ¿qué ha cambiado realmente para que ahora se plantee prescindir de la obligatoriedad de la separación, como paso previo al divorcio vincular? Creo que, pese al interés que directamente pueda reportar el divorcio, la separación resulta una situación esencialmente útil para encauzar una crisis matrimonial, sobre todo por su revisabilidad: constituye como una última oportunidad para que los esposos en crisis se planteen qué curso dar a su matrimonio: ya la desaparición del vínculo, mediante el divorcio, ya precisamente la recuperación del contenido originario de aquel vínculo, mediante el instituto jurídico de la reconciliación. Por otra parte la desfuncionalización de la separación conyugal, no parece corresponderse con la realidad sociológica del país en la actualidad. Si nos atenemos a las estadísticas (Instituto de Política Familiar, basado en datos del año 2004, publicado en junio de 2005), hasta este momento hay más separaciones que divorcios: un 61% de las rupturas consisten en la separación matrimonial. Desde 1981 se han producido un millón de separaciones, mientras que el número de divorcios alcanza los setecientos mil. Tampoco se olvide que un 20% de las parejas separadas, llegan a reconciliarse.

24

Me baso especialmente ahora en lo ya expuesto en mi trabajo, ya referido anteriormente: “La guarda compartida en Derecho francés”, *Aequilitas*.

25

“Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

26

*Cfr.* SERRANO ALONSO, E., comentario al art. 156 CC, en *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), tomo 2, Barcelona, 2000, p. 443. *Cfr.* GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, p. 3. En contra de aquellas limitaciones de ámbito de aplicación, *cf.* ECHARTE FELIÚ, A.M<sup>a</sup>, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, 2000, pp. 23 y ss.

27

*Cfr.* GARCÍA PASTOR, *opus cit.*, p. 74.

28

Me refiero a la guarda exclusiva o, si se quiere, a la guarda no compartida.



padres, único que puede prestar un *cuidado directo* al hijo. La distinción entre guarda y patria potestad cobra sentido, verdaderamente, cuando no son ambos padres los que conviven con el hijo, de tal manera que no es posible que (como se hace, de manera natural, a partir de la convivencia) los dos realicen materialmente las funciones encomendadas a la patria potestad<sup>29</sup>. Es la noción de cuidado directo la que precisamente ha determinado el concepto más general de la guarda. A su vez es la falta de convivencia la que precisaba el contenido de la guarda ordinaria<sup>28</sup>: ésta comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia con el hijo, puesto que sólo el progenitor que tenga encomendada tal convivencia (y la guarda) podrá realizarlas.

En definitiva se ha venido a denominar guarda a la posición que ocupa respecto del hijo el progenitor que convive con él<sup>30</sup>: “la guarda –afirma GARCÍA PASTOR– significa encomendar el cuidado directo del niño, el que necesita del contacto continuo

con el niño, de la convivencia con él, a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos”<sup>30</sup>.

Por otro lado, en el plano teórico, la guarda puede admitir dos distintos conceptos: ya se entienda en el sentido antes apuntado de cuidado del hijo, a través de la convivencia, o bien se la conciba como una responsabilidad global sobre el hijo, como el poder de decidir sobre él. Aunque esto último, por la propia razón de que no precisa de la convivencia con el hijo, más bien parece que, aun siendo un aspecto propio de la patria potestad, no forma propiamente parte de la guarda. En suma la conclusión que puede extraerse es que, en nuestro Derecho cuando menos (ya que del sentido de sus disposiciones no resulta otra cosa), se había acogido (por supuesto, hasta la reforma de la institución en 2005) un *concepto restringido de guarda, relacionado como se ha dicho con la convivencia, que consiste en el cuidado personal del hijo*<sup>31</sup>. Es decir, patria potestad resultaba un tér-

**29**

Así lo normal será que la guarda determine a su vez la convivencia habitual con el hijo, su compañía, salvo algunas excepciones lógicas, motivadas por ejemplo por la realización de estudios. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código Civil*, (RAMS ALBESA, J. et al. –coord.–), II, vol. 1º, Barcelona, 2000, p. 931.

**30**

Cfr. GARCÍA PASTOR, M., *opus cit.*, pp. 72-75.

**31**

Cfr. GARCÍA PASTOR, *opus cit.*, *ibidem*, cuyo criterio me parece perfectamente compartible.



mino *genérico* mientras que el de guarda era *específico*. Por supuesto que en Derecho español se entiende que la guarda es parte del contenido (una de sus funciones) de la patria potestad, que a su vez puede comprender los deberes de *velar por los hijos, el de convivencia, alimentación y educación*<sup>32</sup>; sin embargo, al margen de las posibilidades de compartir, privar, o atribuir la titularidad de la patria potestad o las funciones inherentes a la misma a uno de los cónyuges<sup>33</sup>, no estaba previsto en el Código –y ahora sí, con la reforma– que judicialmente (cuando los cónyuges no quisieran acordarlo de grado) cupiera encomendar la guarda de manera conjunta a ambos padres<sup>34</sup>.

Recapitulemos. El modelo seguido por el Código para las relaciones

paterno-filiales (configurado fundamentalmente en 1981) había contemplado el ejercicio conjunto de las funciones de guarda únicamente en los casos en que se conservaba la relación de convivencia entre los padres, dando lugar en otro caso a la atribución exclusiva en favor de uno o de otro. Como concepto general puede admitirse que, en cambio, la guarda conjunta supone que los padres que hayan perdido la situación ordinaria de comunidad de vida familiar, de alguna manera, siguen comportándose como pareja en lo que respecta al cuidado del hijo<sup>35</sup>. A partir de aquí resulta natural que el contraste favorezca la modalidad más reciente: el planteamiento de la guarda conjunta debe resultar grato en cuanto sugiere una cierta relación armónica entre

32

Cfr., vgr., CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.<sup>a</sup>, en *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo V, vol. 2.<sup>o</sup>, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995, pp. 302-304. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al CC*, (RAMS ALBESA, J. et al. –coord.–), II, vol. 1.<sup>o</sup>, Barcelona, 2000, p. 931; dada la amplitud de facultades que contiene la guarda, resulta razonable la terminología utilizada por el autor precitado (cfr. *ibidem*), en el sentido de que el progenitor no guardador detenta una patria potestad formal y capitidismida, que tiene su mayor trascendencia en cuanto al derecho de visita y a relacionarse con el hijo; esto último, a su vez, viene a suponer una especie de limitación correlativa en las funciones del guardador.

33

Aunque quepa imponer ciertos límites a que estas posibilidades se acuerden por los propios cónyuges, lo que tropezaría con el principio de patria potestad compartida contenido en el art. 156 CC. Cfr. GARCÍA VARELA, R., comentario al art. 90 CC, en *Comentario del CC*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), tomo 2, Barcelona, 2000, pág. 7. Con todo, cabe incluso que conforme al art. 103 CC, aun con carácter excepcional, la guarda y custodia sobre los hijos menores o incapacitados se encomiende a terceras personas.

34

Aunque quepa imponer ciertos límites a que estas posibilidades se acuerden por los propios cónyuges, lo que tropezaría con el principio de patria potestad compartida contenido en el art. 156 CC. Cfr. GARCÍA VARELA, R., comentario al art. 90 CC, en *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), tomo 2, Barcelona, 2000, p. 7. Con todo, cabe incluso que conforme al art. 103 CC, aun con carácter excepcional, la guarda y custodia sobre los hijos menores o incapacitados se encomiende a terceras personas.

35

Con todo, debe tenerse presente que la guarda conjunta, tal como se presenta con la Ley 15/2005 constituye, efectivamente una novedad, que convierte ahora derecho positivo. No es necesario hacer ningún circunloquio a partir del derecho anterior a la reforma. Antes, yo mismo había opinado (cfr. la conclusión del ya citado trabajo “La guarda compartida en Derecho francés”, *Aequalitas*, n.<sup>o</sup> 7, mayo-agosto 2001, pp. 6-13) que la guarda conjunta en Derecho francés solamente podía suponer atribuir a ambos padres, aun viviendo separados, la responsabilidad genérica en cuanto al cuidado del hijo; de tal modo que se podía equiparar perfectamente con lo que para nosotros significaba la patria potestad en el *sentido amplio* (distinto del *específico* que comporta el ejercicio de la guarda y custodia) que deriva de la noción de titularidad: una vez se había determinado cuál de los progenitores tendrá la compañía del hijo, quedará al otro una responsabilidad mediata en cuanto al cumplimiento de las funciones que ejerce el guardador, por más que ambos pudieran participar en la toma de decisiones, y estuviera asistido el primero de un derecho de vigilancia. Ahora la guarda conjunta, en los casos en que proceda, atribuye a ambos cónyuges, de manera sucesiva, la guarda y custodia del hijo.

36

El art. 159 cuenta con la posibilidad de atribuir la guarda de los hijos a uno u otro de los padres –como también sucedía en los arts. 90 y 103– pues se limita a decir: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué





progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años<sup>37</sup>). Y el art. 156, que contempla la posibilidad de que se pueda atribuir total o parcialmente la patria potestad a uno de los cónyuges, en cuanto a la guarda únicamente señala que pueden distribuirse entre los progenitores las funciones inherentes a la patria potestad (cfr. art. 156, párrafos segundo y quinto).

**37**

Pueden ser dispares los efectos que se originan en el plano psicológico y en el modo de vida de los sujetos implicados en una ruptura de la guarda (padre-madre-hijos), aunque por otro lado se detectan unos tópicos: los hijos pueden experimentar determinadas tendencias (distintas de los casos de fallecimiento de uno de los progenitores), como agresividad o pasividad acusadas, mal rendimiento escolar, sentimientos de abandono, etc; en cuanto a la madre, que es quien habitualmente conservaba (antes del actual sistema de guarda compartida) los hijos en su compañía, su situación puede caracterizarse por un estado de ánimo proclive a la ansiedad (agravada tal vez por la nueva coyuntura de la economía familiar), miedo al fracaso, mayor dependencia afectiva con los hijos; la relación del padre (cuando queda sin la guarda) con los hijos suele caracterizarse por su superficialidad y convencionalismo, dentro de lo que se ha denominado “síndrome de Disneylandia”, que va provocando un progresivo distanciamiento y que los contactos se van haciendo más esporádicos, y que en definitiva el padre tenga la sensación de haber perdido su papel como tal, de no contar en nada para la educación de los hijos. Últimamente la fenomenología de los efectos de las crisis familiares en cuanto a los hijos, incluye el llamado “síndrome de alienación parental”.

**38**

Vgr. SEISDEDOS MUIÑO, A., “Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (ley 15/2005), *Aranzadi Civil*, n.º 22, abril de 2005 (bib. 2005/2649). Este magnífico trabajo resulta igualmente interesante por la minuciosa comparación que realiza entre el texto legal resultante y los avatares que, durante el itinerario de la tramitación parlamentaria, sufrieron los trabajos legislativos.

**39**

Pues es cierto que la previsión legal de la medida es ociosa cuando, por existir una relación armónica entre los padres, pese a la ruptura de su comunidad de vida, hubieran podido acordar compartir la guarda sin necesidad de que lo diga ninguna norma legal. Y es inútil tal previsión del legislador, cuando una actitud recalcitrante de los progenitores haga ese compartimiento materialmente imposible. Una argumentación parecida lleva al autor que reseño a concluir, respecto de lo que podría tratarse de un “parto de los montes”: “Otra vez el legislador incurre en el infantilismo de creer que debe ofrecer a los protagonistas del conflicto unas técnicas que aquellos podrían igualmente procurarse sin intervención del legislador, si quisieran. Pues no es la técnica lo que al conflicto matrimonial le falta, sino la voluntad cooperativa, que el legislador no puede inventar. Si esta empatía no existe, la orden de custodia compartida, el Derecho de Familia recupera el mismo procedimiento de “doble tramo” que habrá superado cuando modifique el régimen del divorcio; ahora habrá un primer paso judicial de fijación de custodia compartida, y una segunda vuelta, con objeto de modificar la medida primeramente tomada, cuando se aprecie que es inviable o inyectable”.

**40**

CARRASCO PERERA, A., “Tribuna...”, *opus cit.*

padres separados, mientras que el régimen precedente (la guarda exclusiva que, como digo, había sido regla general en nuestro Derecho) parece asociarse a lo contrario, al conflicto, a la tensión, y al descuido del *favor filii* en definitiva.

Veamos con más detalle de dónde provenía que, efectivamente, la guarda exclusiva fuera la regla general en la atribución de los hijos cuando mediaba la ruptura entre los padres. El Código civil español, trataba de la guarda de los hijos en artículos como el 90, 103, 156, ó 159, estableciendo en caso de ruptura de la convivencia entre los progenitores la regla general de que se atribuya a uno de los progenitores (muy frecuentemente, en la práctica, a la madre) la compañía de los hijos, y así igualmente buena parte de las funciones en que consiste la guarda y custodia, y que de forma natural se cumple a través de la convivencia<sup>38</sup>. Es decir, cuando se rompe la convivencia entre los padres (cuya normalidad permite un ejercicio conjunto de la guarda), nuestro sistema abocaba como digo a una situación de guarda unilateral.

Parece una consecuencia lógica toda vez que, por faltar la convivencia, no resulta materialmente factible (salvo en términos ideales, poco frecuentes) que la totalidad de las funciones inherentes a la guarda sigan desempeñándose simultáneamente. Y, con todo, esta solución no dejaba de plantear algunos inconvenientes (más allá de la previa crisis de la comunidad de vida), básicamente porque colocaba a uno y otro progenitor en el papel de vencedor y vencido, incrementando con frecuencia las tensiones entre ambos y el grado de involucración de los hijos en ellas<sup>39</sup>.

## IV. LA GUARDA COMPARTIDA

**1**

### Regulación actual y precedentes legales

Como vengo diciendo, la guarda compartida es una novedad muy específica entre las contenidas en la Ley

15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio. A ese respecto hay que tener en cuenta el renovado artículo 92 del Código, como luego veremos. La guarda compartida parece suponer la posibilidad de que, no obstante una ruptura de la comunidad de vida o la convivencia entre los padres (porque su matrimonio entra en crisis jurídica, o simplemente se pone fin a una unión no matrimonial), ambos ejercen la guarda conjuntamente (al menos esto es lo que, *prima facie*, puede desprenderse del propio término con que se designa el fenómeno. En otras palabras, se trata de la ficción consistente en procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que realmente se ha perdido: todo queda más o menos igual en cuanto a la relación que tienen los hijos con sus progenitores, con la salvedad de que éstos ya no viven juntos. Tal vez no deba caer en saco roto el juicio crítico con el que significados juristas han valorado la custodia compartida<sup>40</sup>. Así CARRASCO PERERA observa –con toda razón<sup>40</sup>– que el presupuesto en que se basa, por no resultar fácil que concurra, resta utilidad a la medida: “Para que exista una custodia compartida, las partes tendrían que ser capaces de reproducir después de la ruptura una situación colaboradora similar a la existente antes de aquélla. Más con ello se desconocen el hecho mismo de la ruptura y las causas que llevan a ella, y se recrea la necesidad de mantener incólumes los canales de comunicación de la pareja. La custodia compartida necesita casi reproducir la situación familiar prerruptura, haciendo peligroso el incremento de intensidad de la vieja relación, que los “ex” querrían (se supone) dejar atrás, y dificulta la expectativa de construir una nueva vida sin la presencia del otro. Por lo demás, si entre los padres existe este nivel de comprensión, empatía y solidaridad necesarios para construir una custodia compartida, ya se cuidarán de hacerlo, al margen de las previsiones legales”<sup>40</sup>.



La guarda compartida, al parecer, si nos atenemos a la razón de la ley, podría ser una modalidad de guarda apreciada socialmente, en cuanto resulta conveniente tanto los esposos o progenitores en crisis como también para los menores que fueran objeto de tal medida. Entre otras consecuencias podría comportar la disminución del número de hogares monoparentales, que suele percibirse como signo de una cierta desestructuración social<sup>41</sup>. En particular, han sido los colectivos de padres (varones<sup>42</sup>) separados, los que vienen reivindicando esta nueva modalidad de guarda. Por el contrario, resulta curioso constatar que la guarda compartida no ha sido excesivamente bien recibida, en general, ni por la doctrina ni por los tribunales europeos, en cuanto se suele considerar que resulta poco conveniente para el hijo. En este sentido ha resultado paradigmática la resistencia de los tribunales franceses (al menos así sucedía hasta la importante reforma del Derecho francés en esta materia en el año 2002). A lo sumo se admitían formas de *guarda alternada*, en que los padres se repartían por períodos más o menos amplios la compañía del hijo y el ejercicio de su guarda.

En sí misma la guarda compartida puede resultar un sistema satisfactorio para los padres, mas en cuanto a los hijos tal vez comporta una mayor dificultad (sobre todo en los de temprana edad) en orden a su estabilidad, ya que tienen que adaptarse sucesivamente a ambientes y modos de vida diferentes<sup>43</sup>.

Son muchas las esperanzas que, los partidarios de la reforma, han depositado en la custodia compartida, sobre todo si se la contrasta con la custodia exclusiva. En este sentido resulta muy interesante el “Informe Reencuentro” elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE)<sup>44</sup>. Aquí se destacan, entre otras consecuencias ventajosas de la guarda compartida, efectos favorables tanto para los hijos, como para sus padres. En cuanto a los primeros: se dice que mejora su adaptación al propio entorno, e incluso su rendimiento escolar, proporciona mayor satisfacción en la distribución de los tiempos de convivencia, incrementa la autoestima del menor, mejora su relación con ambos progenitores, le evita problemas psíquicos y reduce el estrés psicosomático, produce menos interferencias de nuevas

41

Me limito a reproducir un argumento que se utiliza a favor de la guarda conjunta. Sin demasiada convicción por mi parte pues, al menos formalmente, esa modalidad supondrá precisamente el aumento de hogares monoparentales si la guarda conjunta supone que la convivencia del hijo se alterna en sendos hogares, el de la madre y el del padre.

42

Tal vez porque, haciendo abstracción del beneficio que puede reportar a los hijos, de algún modo con la guarda compartida la mujer ha perdido la situación ventajosa que resultaba de una cierta inercia histórica (cuando no se establecía directamente por las leyes; en relación a esta cuestión, *vid.* LASALA PORTA, C. de, “El Prejuicio del sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas”, *Aequalitas*, 7/2001, pp. 14-19). CARRASCO PERERA (*cf. loc. cit.*), en aquel sentido, vaticina que, como la madre por lo general valora más que el padre la custodia de los hijos, estará dispuesta a ceder en lo que sea antes que perder al hijo, hundiendo así su posición negociadora.

Aunque las generalizaciones suelen ser relativas, en cuanto al escaso entusiasmo de las mujeres por la custodia compartida –a modo de ejemplo basta con echar un vistazo a lo que publicaban los medios escritos cuando se estaba aprobando el anteproyecto de la reforma. *Vgr.* la edición de “El Mundo” de 17-IX-2004 recogía unas declaraciones de la presidenta de la Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas opinando que la custodia compartida no solamente no solucionará conflictos, sino que los creará, calificándola de ‘disparate’: “...la *guardia y custodia compartida tal y como recoge la ley supondría ‘dar un instrumento a los violentos, porque son prácticamente los únicos que la reclaman, ya que el 80% de los casos la deciden los progenitores sin necesidad de intervención judicial’*”. En similares términos (en el mismo periódico citado) parecen manifestarse el Defensor del Menor de la CA de Madrid y la presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas “Themis”, y de manera más matizada opina el presidente de la Asociación de Abogados de Familia; aquél “...*considera que la custodia compartida no es adecuada para los menores, y se ha decantado por la responsabilidad compartida, pero que los hijos vivan habitualmente con el padre o con la madre*”; mientras que la otra “...*ha advertido de que la *guardia y custodia compartida es ‘perjudicial’ y un ‘trastorno’ para los hijos*”, destacando el inconveniente de que el menor pierda un punto de referencia como el de su vivienda. El presidente de la Asociación de Abogados de Familia se manifestaba a favor de que se facilitasen a los jueces más opciones para ordenar la custodia de los hijos, un abanico más amplio de posibilidades.*



**43**

Aunque luego me detendré en los argumentos que pueden hacer relativa esta dificultad.

Sin duda, entre todos los intereses en juego, el que realmente debe justificar en su caso la medida de la guarda conjunta es el interés del menor, el *favor filii*. Aunque deba procurarse el equilibrio entre el interés del menor y los derechos de los progenitores, ha de primar aquella consideración teniendo en cuenta que la guarda no es solamente un derecho de los padres, sino una *función*, un combinado de derechos y de obligaciones. Las exigencias del principio de beneficiar ante todo al hijo, bien podrían hacer que la propia regla de igualdad absoluta de los progenitores cediera ante un tratamiento desigual de los mismos, siempre que fuese esto mismo lo que mejor conviniera al interés del hijo. En este punto ha de ponderarse adecuadamente la exigencia de que el juez oiga a los menores, pues puede constituir la vía por la que, atendida la preferencia del interés de aquéllos, se haga perder eficacia al acuerdo de los progenitores en orden a la adjudicación de la guarda.

Téngase en cuenta a GOIRIENA LEKUE, A. “La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género”, *Aequalitas*, 16/2005, pp. 52-57.

**44**

Con el apoyo de otras Asociaciones del mismo ámbito. Dicho Informe está fechado en Madrid, septiembre de 2002, y sigue siendo fundamentalmente útil para el estudio de la guarda compartida, tanto por las opiniones de sus redactores, como por la abundante información documentada que suministra sobre la situación de los hijos en los casos de ruptura familiar. De ahí que por mi parte haga una abundante remisión al mismo en este trabajo.

**45**

Informe Reencuentro, p. 16.

**46**

Cfr. Informe Reencuentro, p. 14. Aun siendo respetable, creo que hay que oponer alguna reserva a esta argumentación, que parece someter a un determinismo inexorable a todos los padres que no cuentan con custodia conjunta.

**47**

Vid. Informe Reencuentro, pp. 79 ss.

**48**

Me limito a recoger la idea que aparece consignada en la p. 79 (donde se anticipan otras opiniones) del Informe Reencuentro. Aunque personalmente el argumento me parece, si no ingenuo, sí demasiado simplificador, pues las motivaciones diversas en cuanto a los hijos no son las únicas que pueden aparecer involucradas en la determinación de los cónyuges para solicitar su divorcio.

**49**

En otros trabajos he tenido ocasión de indagar sobre el fenómeno de las crisis conyugales. Resulta imposible, probablemente, hacer un diagnóstico preciso que se base en uno o varios factores solamente: son muchas las circunstancias que coadyuvan provocando la ruptura de la pareja. Aunque al mismo tiempo pienso que, sobre otros factores, suele descubrirse en la mayoría de las ocasiones un déficit de comunicación.



parejas de los progenitores, e incluso disminuye las probabilidades de maltrato físico. En cuanto a la utilidad para los padres (según la misma fuente): origina menos conflictividad (que la custodia exclusiva) y más cooperación, más satisfacción en la relación con los hijos, recurren menos a los castigos físicos, a la presión psicológica y a la culpabilización del otro progenitor, y facilita el cumplimiento de las obligaciones económicas<sup>45</sup>. También se afirma que los regímenes de coparentalidad favorecen un aumento del nivel de vida de los niños, pues al ser cada uno de los progenitores quien satisface inmediatamente las necesidades del menor cuando convive con él se les anima a mejorar su situación económica y la de sus hijos; al contrario –se dice– de lo que sucede con la custodia exclusiva, pues el progenitor no custodio que paga las pensiones alimenticias se ve desincentivado económica y profesionalmente, tanto como el progenitor custodio

que se hace dependiente de dichas asignaciones económicas que el otro satisface<sup>46</sup>. Por si este halagüeño panorama no fuese suficientemente estimulante para la adopción de la custodia compartida, también se ha dicho que tiene la virtud de reducir las tasas de divorcio<sup>47</sup>. El argumento de esta conclusión parece basarse en que la mecánica de la custodia exclusiva favorece desmesuradamente los intereses de una de las partes, de tal modo que resulta tentador conseguirla a través del divorcio; y, correlativamente, si el sistema de guarda fuese distinto (es decir, si se reemplazase por la guarda conjunta), podría pensarse que pierde interés el divorcio, en cuanto no puede lograrse tanto como se conseguía con la custodia exclusiva<sup>48</sup>. De tomarse por cierto este planteamiento, cabría formular el corolario de que es la custodia exclusiva la que, hasta la aparición de la nueva modalidad de guarda, ha incentivado los índices de divorcio<sup>49</sup>.



Sin desconocer las ventajas y los inconvenientes que puede reportar la guarda compartida, pienso que habrá que esperar algún tiempo para valorar la trascendencia de su introducción en nuestro Derecho: el necesario para poder tener una opinión fundada en la nueva litigiosidad de las relaciones familiares en cuanto a la guarda, y sus consecuencias en la maduración, el desarrollo de la personalidad y el bienestar de los hijos. Aunque no es menos cierto que, tal vez por la novedad de la institución<sup>50</sup>, resulta un tanto difícil entender que se puedan crear (mejor dicho, que resulte conveniente en todos los sentidos) dos distintos modelos de convivencia, a modo de compartimentos estancos, del hijo con sus respectivos progenitores. Frente a esa objeción se ha dicho que la guarda conjunta es necesaria, pues lo que está en juego es, ni más ni menos, una cuestión de derechos humanos: los del niño a seguir manteniendo vínculos estrechos con ambos padres, tras su divorcio, y también el de éstos a seguir siendo padres plenamente<sup>51</sup>.

Por otra parte conviene matizar el alcance de la novedad que ha supuesto el reconocimiento positivo de la guarda conjunta. En realidad no es tan novedosa, pues aunque el Código no se refería expresamente a ella, antes de la reforma, tampoco la prohibía<sup>52</sup>, la doctrina científica reconocía su posibilidad<sup>53</sup>, y algunos Tribunales –aunque fuera de modo excepcional– la venían aplicando (*vgr.* STC de 15 de enero de 2001, que viene a confirmar la sentencia de la AP de Valencia de 1 de septiembre de 1997, que concedió a un padre el régimen de guarda compartida)<sup>54</sup>. En la doctrina científica no faltaban autores que consideraban que cabría, de hecho, la guarda conjunta mediante la adopción de un derecho de visita amplio (o con amplios períodos de convivencia)<sup>55</sup>.

¿Cómo se perfila la guarda por el sistema vigente? El renovado art. 92 CC ha configurado un sistema ciertamente complejo de atribución de la guarda:

1

*La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*

2

*El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.*

3

*En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.*

4

*Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.*

5

*Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento el régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

6

*En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

7

*No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté in-*

50

Lo realmente novedoso no es la figura, pues se venía proponiendo por las asociaciones de padres separados desde hace algunas décadas (*cf.* Informe Reencuentro, p. 3), sino su admisión expresa en las leyes.

51

*Cfr.* Informe Reencuentro, p. 3. Más adelante (*cf.* p. 9) se ofrece una explicación tranquilizadora: “Una abrumadora cantidad de estudios ha coincidido en que los niños que mantienen un contacto regular con ambos progenitores tras el divorcio muestran mejores niveles de adaptación social y rendimiento académico que los niños criados en hogares monoparentales, y han puesto de manifiesto las imborrables y negativas huellas de la ausencia del padre durante la infancia y la adolescencia. En cambio, los estudios sobre niños en situación de convivencia alterna con ambos padres no han permitido constatar trastornos significativos asociados al cambio de domicilio”. Lo que no queda tan claro es que esta benéfica virtud de la custodia compartida se prodigue igual en los casos en que ambos progenitores están de acuerdo en la adopción de tal medida, por haber una relación más o menos pacífica entre ellos, y en los casos en que se trata de una solución impuesta.

52

Nuestro Derecho en realidad no prohibía expresamente dicha modalidad, pero lo cierto es que podría considerarse una situación poco deseada, en la medida en que el artículo 158-2º CC faculta al juez para adoptar las disposiciones oportunas, a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas, en caso de cambio de titular de la potestad de guarda.

53

*Cfr.* la propia opinión y la doctrina –concordante con ella– que cita SEISDEDOS MUIÑO, A., “Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (ley 15/2005)”, *Aranzadi Civil*, nº 22, abril de 2005 (bib 2005/2649), nt. 31.

54

Téngase en cuenta para el estudio de la doctrina judicial precedente, a la custodia compartida de la Ley 15/2005: CAMPUZANO TOMÉ, H., “La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Aranzadi Civil*, 3/2004, pp. 2479-2512; PÉREZ UREÑA, A.A., “El interés del menor y la custodia compartida (Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 7 de noviembre de 2003. *Revista de derecho de familia*, 26/2005, pp. 275-278.

55

*Cfr.* GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, pp. 97-100.

56

Como hace notar SEISDEDOS MUIÑO, *cf.* *loc. cit.*, resulta superflua la previsión del art. 92-4º CC de que los cónyuges pueden acordar en su convenio que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos: tal posibilidad ya resulta del art. 90-1 A) CC. Incluso cabría entender, con la referida autora, que ahora el art. 92-4 CC limita la libertad de los cónyuges, pues podría inducir a creer que solamente permite lo que en el mismo precepto se menciona, y no, en cambio, el mantenimiento íntegro del ejercicio conjunto.



*curso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

**8**

*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

**9**

*El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a ins-*

*tancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.*

Como puede verse se utiliza en la norma una superposición de reglas, en que tan pronto se da preferencia al acuerdo de los padres, como al poder discrecional del juez. Aunque éste deba contar con el informe del Ministerio Fiscal, y deba dar al menor la oportunidad de ser oído, además de los dictámenes a que se refiere de manera imprecisa (pues no se determina la especialidad) el número 9 del art. 92 CC. Creo que lo primero, atender al acuerdo de los progenitores, debe tener carácter de regla, mientras que la otra posibilidad constituye la excepción. Por otra parte, tanto la voluntad de los progenitores como la del Juez, pueden ir ya en el sentido de enco-

mendar una guarda exclusiva (total o parcial) o bien la compartida. Igualmente, en este aspecto, considero que la guarda exclusiva constituye regla general, pese a la novedad de la guarda, que resulta verdaderamente lo llamativo, y que en sí misma no deja de resultar excepcional. Así puede deducirse del número 4 del art. 92 CC que confiere cierto automatismo al sistema tradicional de guarda, cuando lo pidan los padres o lo acuerde el Juez<sup>56</sup>. Mientras que, cuando se trata de la guarda compartida, aunque la elección del sistema resulte de un *acuerdo de coparentalidad* entre los padres, el número 5 del artículo 92 CC impone la adopción de ciertas cautelas.

El *favor filii*, es un criterio que vincula al juez a la hora de resolver lo procedente en la atribución de la guarda. Al tratarse aquél de un principio general, no tiene mayor rele-



vancia la falta de referencias al mismo en determinados aspectos. Si se observa el tenor literal del art. 92 solamente en dos apartados, el cuarto y el octavo, se alude al beneficio del hijo. Aunque resulta obvio que esa misma ha de ser la regla de actuación en los apartados quinto, sexto y séptimo<sup>57</sup>.

Además el número 7 excluye la guarda conjunta en las situaciones extremas que enumera. No parece que la relación de causas que impiden atribuir a uno de los progenitores la guarda constituya un catálogo taxativo o cerrado (por más que, si llega a darse alguna de ellas, el tenor imperativo –“No procederá la guarda conjunta...”– de la norma deba excluir toda posibilidad de que el Juez resuelva de otro modo). Pues además de que pudiera alargarse esa

relación de circunstancias, el buen juicio hará que se subsuman en el principio del beneficio del hijo que debe apreciar el Juez en todo caso.

Al parecer la reforma ha optado con preferir la voluntad del juez en la atribución de la guarda, teniendo en cuenta lo que dispone el número 8 del art. 92 a modo de cláusula de cierre, aun con las precisiones que luego haré.

## 2

### Denominación o terminología. El sistema francés

Probablemente, aunque la expresión guarda conjunta o compartida esté adquiriendo carta de naturaleza en nuestro Derecho, sería más correcto utilizar el término *guarda alternada* que precisamente se uti-

lizaba en las enmiendas introducidas en el Senado<sup>58</sup>. Descriptivamente la *guarda alternada* se entiende bastante bien: supone que los padres se *reparten* por períodos más o menos amplios la compañía del hijo (la convivencia), sucediéndose o *alternándose* en el ejercicio de las funciones de guarda. En cambio las denominaciones “custodia compartida” “custodia conjunta” parecen sugerir, equivocadamente, que todavía se conserva una comunidad de vida entre los progenitores del menor, cuando en realidad el presupuesto básico de tal forma de guarda es que precisamente una crisis de convivencia ha provocado una ruptura de su condición de pareja.

Sin duda el legislador español ha tenido muy en cuenta a la hora de introducir en nuestro Derecho la



guarda compartida, además de otros precedentes<sup>59</sup>, el nuevo modelo francés de la Ley sobre la *autoridad parental*<sup>60</sup> de 4 de marzo de 2002 (que entró en vigor al día siguiente), que se suele conocer como *Loi Ségolène Royal* (a la sazón *ministre déléguée à la Famille, à l'Enfance et aux Personnes handicapées*). Precisamente dicha Ley introduce la *résidence en alternance, résidence alternée*<sup>61</sup>. Dispone ahora el *Code civil français*: art. 373-2-9 (*inséré par Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 art. 5 V Journal Officiel du 5 mars 2002*): “*En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. / A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux*”.

En el vecino país la regla general es que dicha forma de guarda se solicita por ambos padres; en los demás casos, a falta de acuerdo entre ellos, en las tres cuartas partes de los casos la residencia habitual del menor se establece con uno de sus progenitores, en la mayoría de las ocasiones con la madre<sup>62</sup>. En el sistema francés (como también ha sucedido con nuestra custodia compartida) se hace recaer sobre los jueces buena parte de la responsabilidad para determinar el régimen de ejercicio de la autoridad parental; ello no obstante el arbitrio judicial está auxiliado, además del papel que corresponde al fiscal, por la posibilidad que tienen aquéllos de recabar un informe elaborado por un especialista (*un informe social*)<sup>63</sup>, y por el específico recurso a los mecanismos de mediación familiar<sup>64</sup>.

Deben tenerse en cuenta con respecto al modelo Derecho francés de coparentalidad los siguientes preceptos. Article 373-2-7 Code Civil (*inséré par Loi n° 2002-305*): “*Les parents peu-*

*vent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. / Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement*”. Es decir, además de la posibilidad de que sea el juez mismo quien decida la custodia alterna, en primer término son los propios progenitores los que deciden la modalidad de guarda, y su acuerdo vincula al juez salvo que se constate que el interés del menor no queda debidamente preservado, o que el acuerdo de los padres no se decidió libremente. Pero no solamente son los padres los que pueden solicitar del juez que se establezcan las modalidades de ejercicio de la autoridad parental, también pueden instarlo el ministerio fiscal y terceras personas a través de éste: art. 373-2-8 CC (*inséré par Loi n° 2002-305*) “*Le juge peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant*”. E incluso el propio juez, si uno de los progenitores lo solicita, y también en caso de desacuerdo de los padres, podrá escoger entre la residencia alterna (aunque sea ésta una medida provisional, sometida a un determinado plazo) o la residencia exclusiva: art. 373-2-9 CC (*inséré par Loi n° 2002-305*) “*En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. / A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux*”.

57

Por lo que SEISDEDOS MUIÑO, A. *cfr. loc. cit.*, sugiere que se hubiera podido lograr una redacción más clara, si se hubiese destacado suficientemente el reconocimiento del *favor filii* como criterio rector de todas las actuaciones relativas a los hijos menores.

58

Si se acepta que esa modalidad de guarda supone que los progenitores se suceden uno a otro en el ejercicio de sus funciones, se alternan, si que la actúen con la simultaneidad que parece sugerir la expresión “conjunta”.

En el repertorio terminológico de los autores también son utilizadas, aunque con menos frecuencia, otras expresiones sinónimas como “coparentalidad”.

59

*Vid.* en el Informe Reencuentro, pp. 31 ss., información sobre *shared custody* en EEUU; *vid.*, pp. 50 ss. en cuanto a Canadá; *vid.* pp. 59 ss., Suecia.

60

Habiendo desaparecido la noción de *garde*.

61

Para el estudio de la guarda alterna en Francia (con información, también, de otros países) resulta muy interesante el *Rapport*, “*Bien-fondé de la résidence alternée pour les enfants dont les parents son séparés*”, de RASCHETTI, B., fechado en diciembre de 2005 ([http://raschetti.blog-emploi.com/globe\\_trotter/Enfant\\_2\\_parents/Rapport.pdf](http://raschetti.blog-emploi.com/globe_trotter/Enfant_2_parents/Rapport.pdf)).

62

*Cfr.* Études et Statistiques de Justice, n° 23. Ministère de la Justice, [www.justice.gouv.fr/publicat/etudesst.htm#23](http://www.justice.gouv.fr/publicat/etudesst.htm#23).

63

*Cfr.* art. 373-2-12 (renovado con la Ley de 2002).

64

*Cfr.* art. 373-2-10 (renovado con la Ley de 2002): “*En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. / A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. / Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure*”.



3

### Actuación práctica de la guarda compartida

Sin duda, de todos los intereses en juego, el que realmente debe justificarse en su caso tal medida es el interés del menor, el *favor filii*. Debe asegurarse un equilibrio entre el interés del menor y los derechos de los progenitores, teniendo en cuenta que la guarda no es solamente un derecho de los padres, sino una función, un combinado de derechos y de obligaciones. Llevando a la práctica tal principio, bien podría suceder que la propia regla de igualdad de los progenitores debiera ceder en *pro* de un tratamiento desigual de los mismos, siempre que eso fuese lo que mejor conviniera al interés del hijo.

Una de las cuestiones más llamativas que se plantearon en el debate parlamentario (y correlativamente en los medios de comunicación) de la guarda compartida fue si puede tratarse de una medida no querida por los padres, sino impuesta judicialmente. Dicho de otro modo, ¿para que proceda la modalidad compartida, resulta preciso que la interese alguno de los progenitores, o ambos de consuno?<sup>65</sup> La respuesta es que, siempre resultará necesario que al menos uno de los padres solicite la guarda compartida. Lo cual, a su vez, debe explicarse relacionando lo que es una regla general, con su correspondiente excepción.

La regla general es la contenida en el apartado quinto del art. 92 CC: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”. Mientras que el apartado octavo de aquel precepto dispone que: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

En suma para que, sin acuerdo de ambos progenitores, el Juez pueda acordar la guarda compartida, se precisan tres requisitos: la solicitud por parte de uno de ellos, la conformidad del Fiscal, y además que pueda invocarse como fundamento de la decisión judicial la efectiva protección del interés del menor. De tal modo que creo que no basta por sí solo el interés de uno de los padres, para que de manera automática deba adoptarse la guarda compartida, ya que, con independencia de las consecuencias que pudieran originarse por un informe del Ministerio Fiscal contrario a aquella medida, habrá que recordar el carácter prevalente del principio de protección del menor. Y, por la misma razón, tampoco el Juez estará vinculado por la solicitud de ambos progenitores que estuvieren de acuerdo en la guarda compartida, si no es eso lo que conviene al interés del menor.<sup>66</sup>

Otra cuestión interesante a efectos prácticos es la de cómo se reparten los períodos de convivencia. Una vez más, a falta de unas pautas expresas que el Derecho no ofrece, será el arbitrio judicial el que tenga que resolver esta cuestión atendido lo que mejor interese al menor, en función de un conjunto amplio de las circunstancias que afectan tanto a ambos padres (lugar de residencia, condiciones de vivienda, obligaciones laborales...) como a los hijos (centros educativos, atención sanitaria, lugares de ocio, proximidad de otros parientes<sup>67</sup> y de las amistades del menor...)<sup>68</sup>. Desde las asociaciones de padres se sugiere que la alternancia semanal (ya se ha visto antes que esta es la regla general de alternancia en la coparentalidad francesa) resulta la fórmula más conveniente cuando los domicilios de los padres están próximos geográficamente; al mismo tiempo se recomienda que el ritmo de alternancia de hogares sea más frecuente cuanto menor sea la edad del niño.<sup>69</sup>

## V. CONCLUSIÓN

Solamente el tiempo, todavía corto desde la instauración de la custodia

65

Una vez más remito a SEISDEDOS MUIÑO, A. (*cf. loc. cit.*, nt. 33 ss.), quien da cumplido detalle de la superposición de enmiendas hasta dar con la redacción actual del art. 92 CC.

66

Tal vez quepa dar la misma solución, a favor de la improcedencia de la guarda compartida, cuando según el arbitrio judicial resultare gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges, aun habiéndose solicitado por ambos (pues lo que dispone el art. 92.-5 queda condicionado, en el supuesto del 90 CC –apartado A) del párrafo primero–, a que no concurra lo que señala el segundo párrafo del art. 90).

67

En particular de los abuelos, cuyo derecho a relacionarse con los nietos, y el de éstos con aquéllos, fue expresamente reconocido con la reforma del Código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre.

68

En la valoración del juez, probablemente se deberá tener en cuenta globalmente la contraposición entre ventajas materiales y ventajas para la estabilidad emocional del hijo, dando preferencia en cuanto sea posible al modelo de alternancia que hayan decidido los progenitores.

En el sistema francés el juez, para decidir sobre las modalidades de ejercicio de la autoridad parental, debe tener en cuenta tanto la voluntad de los padres (manifestada en la práctica precedente, como en los acuerdos a que hayan llegado), los sentimientos del hijo, la aptitud de cada uno de los progenitores para el cumplimiento de sus deberes, y los informes técnicos que se hayan elaborado. Cfr. art. 373-2-11 CC (renovado en 2002).

69

Cfr. Informe Reencuentro, p. 7. Con respecto a esta solución debe tenerse en cuenta que, relativamente en función de la edad, los niños pequeños tienen una peculiar percepción del tiempo y de su transcurso. En la p. 12 del citado Informe puede verse el detallado modelo propuesto por la institución norteamericana *Children's Rights Concil* para distribuir los períodos de compañía: niños menores de un año, mañana o tarde cada día; niños de hasta dos años, días alternos; de dos a cinco años, no más de dos días seguidos; a partir de cinco años, alternancia semanal. Otro posible modelo de alternancia, más detallado, puede verse en la página 15 del Informe.

Cuando me ocupo ahora de los posibles criterios de distribución de la convivencia me refiero a la guarda compartida en sentido propio, es decir aquella que comporta una verdadera convivencia del hijo con cada uno de sus progenitores; distinta, por tanto, de los supuestos de custodia exclusiva por parte de uno de los progenitores, por más que se permita una amplia participación del otro en el cuidado del hijo.



compartida, dirá si se ha tratado o no de un acierto, en virtud de lo que se pueda constatar a partir de la reducción o del incremento de los litigios sobre custodia, su mayor o menor acritud, y, por encima de todo, a partir del estudio de la situación de los menores que hayan sido objeto de tal medida.

Si por conclusión debiéramos entender una valoración crítica de la custodia en términos taxativos, no resulta fácil, pues ofrece aspectos positivos y otros que cuando menos se prestan a la duda. Tampoco puede desconocerse en la institución una dimensión política, de una determinada política legislativa, que se conlleva con la utilidad específica que la guarda compartida puede proporcionar, aliviando los proble-

mas que para padres e hijos surgen de una situación de ruptura de la familia. Ni resulta fácil hacer oídos sordos a la reivindicación de la custodia compartida que, como ya he dicho, probablemente se ha hecho con más entusiasmo desde los colectivos de padres que por los juristas. Yo mismo abrigo alguna reserva sobre si era preciso tanto aparato, cuando la guarda compartida se fundamenta en un correcto entendimiento de los progenitores que, si lo hay, no surge solamente por virtud de una ley: probablemente hubiera bastado con reconocerla de manera explícita, dejando que los tribunales siguieran contando con la posibilidad de concederla o denegarla en función de cómo resultase mejor protegido el interés del menor.

Considero que el legislador, en vez de ahormar la guarda en situaciones de crisis familiar, debería haber buscado la raíz de los problemas que en esos casos se originan, recurriendo de una manera más decidida a mecanismos como la mediación (que está llamada, sin duda, a tener un papel muy relevante en los modernos procedimientos de gestión de las crisis familiares). Cierto es que la puesta en marcha de servicios oficiales de mediación adecuados comportaría un nuevo esfuerzo –incluso económico– de la administración; sobre todo cuando, como debiera ser, no se limitase la utilidad de ese mecanismo alternativo de solución de conflictos a los casos en que ya se ha consumado una ruptura familiar, y más bien se tratase antes de prevenirla.



# El reingreso tras la excedencia para cuidado de hijos o familiares

DERECHO ESPAÑOL



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



## I. EL PROGRESIVO REFORZAMIENTO DEL DERECHO AL REINGRESO DEL TRABAJADOR EXCEDENTE PARA CUIDADO DE HIJOS O FAMILIARES HASTA LA REGULACIÓN VIGENTE

Las condiciones del derecho de reingreso del excedente son un elemento esencial en la configuración de la naturaleza jurídica de la excedencia atendiendo al régimen establecido en el Estatuto de los Trabajadores –en adelante, el ET–, caracterizando a la excedencia forzosa el “*que dará derecho a la conservación del puesto*” –artículo 46.1 del ET–, mientras en la voluntaria “*el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*” –artículo 46.5 del ET–.

Dentro de esas coordenadas, la excedencia para cuidado de hijos ha sufrido una importante evolución normativa. Inicialmente, se configuró como voluntaria y de exclusiva titularidad femenina en el artículo 5 del Decreto 2310/70, de 20 de agosto, sobre derechos laborales de la mujer, y en el artículo 25 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, que da a la excedencia su actual *sede iuris* –el artículo 46.3–, la transformó en excedencia de titularidad indistinta, aunque mantuvo su carácter voluntario.

Será en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, donde “*el primer año*” se asocia al “*derecho a la reserva de su puesto de trabajo*”, porque, según su Exposición de Motivos, “*como excedencia voluntaria y sin derecho por tanto a reserva del puesto de trabajo en la empresa, podía constituir, bien un serio factor de disuasión para el pase a esta situación, bien un elemento de apartamiento del mercado de trabajo de quienes se acogiesen a*

*esta fórmula*”. Ahora bien, al resto se aplicaban “*las normas que regulan la excedencia voluntaria... salvo pacto colectivo o individual en contrario*”.

Buscando mitigar la desigualdad real de las mujeres, la Ley 4/1995, de 23 de marzo, acuerda extender, como explica su Exposición de Motivos, “*el régimen de excedencia forzosa regulado por la Ley a todo el período de excedencia establecido para atender el cuidado de los hijos*”, aunque, al modificar el artículo 46.3 del ET, no se equipara el resto superior al año con el plazo de un año, sino que se establece, con redacción aún hoy vigente, que “*transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente*”.

Aunque la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, no introdujo novedad en cuanto al reingreso, sí introdujo una nueva excedencia, “*de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, (a favor de) los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida*”.

Por lo demás, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, ha introducido una última especificación de que “*cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial*”.

Conviene destacar, en último término, el arraigo comunitario del derecho al reingreso del trabajador excedente, ya que, de conformidad con la Cláusula 2.5 de la Directiva 1996/34/CE, de 3 de junio de

1996, relativa al Acuerdo Marco sobre Permiso Parental celebrado por UNICE, CEEP y CES, “*al final del permiso parental el trabajador tendrá derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su situación laboral*”.

## II. LAS CONDICIONES DEL REINGRESO DURANTE EL PRIMER AÑO DE EXCEDENCIA

Hasta la Ley 3/1989, de 3 de marzo, la excedencia para el cuidado de hijo se asimilaba a la excedencia voluntaria, lo cual, al no mediar reserva del puesto de trabajo,

**1** le privaba al trabajador del derecho al reingreso si no había vacante adecuada, sin perjuicio de reclamar, atendiendo a las circunstancias del supuesto litigioso, por despido o una indemnización por demora en el reingreso, si la negativa a éste resultaba injustificada, y

**2** le atribuía a la empresa la libertad de amortizar el puesto de trabajo. Naturalmente, sin perjuicio de mejoras a través de pacto individual o colectivo –un ejemplo lo encontramos en STS de 31.1.1987, RJ 1987 299–.

Desde la Ley 3/1989, de 3 de marzo, “*el primer año*” se asocia al “*derecho a la reserva de su puesto de trabajo*”, equiparando los efectos de este inicial tramo temporal a los efectos de la excedencia forzosa, lo cual, al mediar reserva de puesto de trabajo, nos conduce a las conclusiones radicalmente contrarias a las vistas para la excedencia voluntaria, a saber:

**1** El trabajador ostenta derecho al reingreso en su puesto de trabajo de manera automática, sin supeditación a la existencia de vacante adecuada



–SSTSJ/Murcia de 28.1.1993, AS 1993 253, y de 20.7.1993, AS 1993 3486, STSJ/Madrid de 17.3.1994, AS 1994 1164, STSJ/Valencia de 30.7.1996, AS 1996 2701–. La conservación del puesto no sólo comprende “la categoría y retribución correspondientes... (sino además) todas las circunstancias que puedan constituir condiciones sustantivas y esenciales del contrato de trabajo” –STSJ/Baleares de 20.12.1991, AS 1991 7085–.

Así las cosas, “el trabajador (que) se reincorpora una vez acabado el primer año de forma automática (lo hace) con el disfrute de los derechos económicos y laborales que venía disfrutando con anterioridad a la situación de excedencia y obligaciones inherentes a la relación laboral delimitada en el contrato de trabajo y por las facultades de organización y control de la actividad empresarial que posee el empresario”<sup>1</sup>. Interesa destacar el último inciso, ya que, a consecuencia de la situación exce-

dencia del trabajador, el empresario no está privado o limitado en su *ius variandi*.

Por lo tanto, “el derecho a su puesto de trabajo ... no coincide con un derecho de propiedad ... sólo significa el respeto a la posición profesional alcanzada por el trabajador en la empresa”, de donde “puede ocurrir que, como consecuencia inevitable de la pervivencia de la relación laboral, ésta se haya visto afectada por ciertas modificaciones que, sin duda, deberán ser aceptadas por el trabajador, siempre que se hayan llevado a cabo a trámites pertinentes”<sup>2</sup>. Como las derivadas de “una modificación colectiva de condiciones de trabajo ex artículo 41 del ET”<sup>3</sup>.

Ostentando el trabajador derecho al reingreso en su puesto de trabajo, la negativa empresarial es un despido del trabajador excedente –STSJ/Murcia de 28.1.1993, AS 1993 253–, sometido en consecuencia al plazo de caducidad –STSJ/Madrid de

4.11.1994, AS 1994 4585–. Cuestión adicional es la calificación del despido desde que, a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, se introduce una prohibición de despido objetivo –artículo 53.5.b) del ET– y disciplinario –artículo 55.5.b) del ET–.

La STSJ/Cataluña de 19.5.2005, AS 2005 2043, considera que el artículo 55.5.b) del ET conduce a “la nulidad del despido de los trabajadores que hayan solicitado la excedencia, sin otra consideración ... (y) sin necesidad de probar que el despido se haya debido al disfrute de la excedencia, pues la Ley presume que ésta es la causa con una presunción que sólo puede romperse si la empresa acredita que el despido se ha debido a motivos no relacionados con el ejercicio de... la excedencia”.

Sin embargo, la STSJ/Castilla y León – Valladolid de 6.9.2004, AS 2004 2572, elude la aplicación de la prohibición de despido y además considera la ausencia de indicios o sospecha de discriminación porque “el despido aparece como consecuencia de una contratación irregular habida por la actora, pero desconectada de su situación de madre y por una externalización de servicios igualmente desconectada de dicha situación”, calificando el despido, en el caso litigioso, como improcedente y no nulo.

Cuestión diferente a la negativa de reingreso es el reingreso irregular, que, dependiendo de las particulares circunstancias del litigio, originará no una acción de despido sino de impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo –es el cauce usado en STSJ/Andalucía – Sevilla de 2.3.1999, AS 1999 1829, y en STSJ/Madrid de 19.10.2004, AS 2004 3391–. Por ejemplo, es irregular imponer el reingreso en turno de trabajo diferente, al tratarse de una modificación de condiciones de trabajo –STSJ/Baleares de 20.12.1991, AS 1991 7085–<sup>4</sup>, salvo si se cumple el artículo 41 del ET.




**1**

ROMERO RÓDENAS, M.J., “La excedencia por cuidado de hijos y familiares”, dentro del libro coordinado por RUIZ PÉREZ, E., *Mujer y trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2003, p. 85.

**2**

RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., *La suspensión del contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2004, p. 189.

**3**

Tal ejemplo lo encontramos en RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 261.

**4**

Tal ejemplo lo encontramos en ARGÜELLES BLANCO, A.R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 130.

**5**

Un pacto en contrario “*que se hizo frecuente, en la práctica, en los convenios colectivos que se negociaron a partir de ese momento*”, como afirma ARGÜELLES BLANCO, A.R., “Excedencia por cuidado de hijos y otros familiares”, en la obra escrita con MARTÍNEZ MORENO, C./MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, p. 257.

**6**

PÉREZ ALONSO, M.A., “La nueva excedencia por cuidado de hijos en el ámbito laboral (La Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad)”, *Poder Judicial*, número 38, p. 236, aunque se destaca como el establecimiento de bonificaciones para la contratación de interinos fomenta la conservación del puesto de trabajo y garantiza el reingreso automático del excedente.

**7**

QUINTANILLA NAVARRO, B., “La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, *Relaciones Laborales*, número 2º, 1995, p. 15, para quien “*esta formulación del derecho a la reserva del puesto de trabajo se sitúa en la línea del (entonces) proyecto de directiva sobre la materia*”, como así se comprueba con la lectura de la Cláusula 2.5 de la finalmente aprobada Directiva 1996/34/CE.

**2**

No se atribuye a la empresa la libertad de amortizar el puesto de trabajo, de ahí la existencia de despido si no se incluye a la trabajadora en la negociación por cierre total de la empresa –STSJ/Valencia de 19.7.1994, AS 1994 3240–, ostentando la trabajadora el derecho a la indemnización correspondiente por despido colectivo o, en su caso, por la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –STSJ/Cataluña de 23.2.2005, AS 2005 1358, donde se destaca la diferencia existente al respecto con relación a la excedencia voluntaria–.

### III. LAS CONDICIONES DEL REINGRESO DURANTE EL RESTO DE LA EXCEDENCIA

Desde la Ley 3/1989, de 3 de marzo, y hasta la Ley 4/1995, de 23 de marzo, el periodo superior al primer año de excedencia para el cuidado de hijo se asimilaba a “*la excedencia voluntaria ... salvo pacto colectivo o in-*

*dividual en contrario*” –un ejemplo lo encontramos en STSJ/Valencia de 19.1.1993, AS 1993 508–<sup>5</sup>, en distinción con el primer año de excedencia. Tras la Ley 4/1995, de 23 de marzo, no se equipara el resto superior al año con el plazo de un año, sino que se establece, con redacción aún hoy vigente, que “*transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente*”.

Una diferencia de redacción generadora de varios posicionamientos doctrinales sobre el derecho al reingreso durante el resto superior al año. Alguna doctrina ha calificado este segundo tramo temporal de “*excedencia forzosa light en el sentido de fijar una reserva de puesto de trabajo indeterminado ... (sin que) durante el segundo y tercer esté garantizada ni la misma localidad, ni la misma retribución, ni el mismo turno*”<sup>6</sup>. Menos radicalmente, alguna otra doctrina destaca la existencia de una “*mayor flexibilidad para el empresario a la hora de hacer efectivo el reingreso*”<sup>7</sup>.



Otra corriente doctrinal relativiza la diferencia de redacción legal, partiendo de la existencia de reserva del puesto de trabajo durante la totalidad de la excedencia para el cuidado de hijos e interpretando la referencia “a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente” como que “no reproduce las características de la reincorporación en el caso de la excedencia voluntaria ... sino que señala las competencias de movilidad funcional que todo empresario tiene como parte de su poder de dirección en la empresa (artículo 39 del ET)”<sup>4</sup>.

Si esto es así, y como el empresario mantiene con relación al puesto de trabajo objeto de reserva incluso durante el primer año la posibilidad de utilizar lícitamente el *ius variandi* –y, aunque se le negara porque el reingreso debe ser en el mismo puesto de trabajo, lo recuperaría al día siguiente, lo cual viene a ser lo mismo–, la diferencia entre ambos tramos se diluye hasta el extremo de haberse afirmado que “los efectos derivados de la reserva de puesto de tra-

*bajo o la reserva preferente a un puesto del mismo grupo profesional o de categoría equivalente son idénticos”<sup>5</sup>.*

La aplicación judicial, más preocupada de la realidad práctica que de la elaboración teórica, ha obviado los distinguos entre ambos tramos temporales, poniendo el acento en la obligación de la empresa, sea cuál sea el tramo temporal, de reservar un puesto de trabajo, de donde la negativa al reingreso o condicionarlo a existencia de vacante se considera un despido –STSJ/Valencia de 6.7.2000, JUR 2001 2785–, afirmándose de una manera bastante enfática, aunque sin duda exacta, que “jamás podrá alegarse que no existe puesto vacante” –STSJ/Cataluña de 19.5.2005, AS 2005 2043–.

Quizás donde se pudiera encontrar alguna diferencia entre el primer año y el plazo restante es en la valoración de la regularidad del reingreso, existiendo decisiones donde se acude al “poder de autoorganización” de la empresa para, habien-

do varios puestos de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, permitirle decidir cuál asigna al trabajador reingresado –STSJ/Castilla y León, Valladolid de 1.2.2000, AS 2000 1519–. La cuestión es discutible porque el criterio prevalente debería ser, como norma general, la conciliación de la vida laboral y familiar del trabajador, salvo un sustancial interés empresarial debidamente justificado.

Ahora bien, es difícil concluir si, en la aplicación judicial, se aprecian generalmente diferencias entre ambos tramos temporales porque siempre prima la valoración de las circunstancias del caso, como se puede comprobar con la oportuna cita de dos sentencias de diferente solución: es irregular el reingreso en El Puerto de Santa María cuando la mayoría del trabajo se genera en Jerez –STSJ/Andalucía, Sevilla de 2.3.1999, AS 1999 1829–, y es regular el reingreso en la misma categoría, aunque en un trabajo de diferente jornada, cuando no existe un trabajo con la jornada anterior al





disfrute de la excedencia –STSJ/Madrid de 19.10.2004, AS 2004 3391–.

En todo caso, el reingreso irregular acaecido en el tramo temporal superior a un año habilita a la trabajadora para la reclamación a la empleadora de diferencias salariales entre la categoría profesional en la cual se reingresó y la categoría profesional en la cual se debió reingresar porque *“a partir del primer año de excedencia, el trabajador conserva, algo más que una mera expectativa de reingreso, y por ello la empresa debe tomarlo en cuenta y reservar una plaza a la que sea posible adscribir al excedente”* –véase la SJS Pamplona 2 de 27.3.2000, AS 2000 701–.

#### IV. MANDATOS REPRESENTATIVOS Y REINGRESO DEL EXCEDENTE

Una cuestión de trascendencia es si el trabajador que, con anterioridad al disfrute de la excedencia, era representante de los trabajadores al reingresar mantiene el mandato re-

presentativo, lo que, si se soluciona en sentido afirmativo, determinaría la remoción del trabajador que lo sustituyó durante la excedencia en la condición de representante de los trabajadores. Si bien la literalidad del artículo 67.4-5 del ET aparenta excluir esa solución –se establece una cobertura automática de la vacante y el mantenimiento del sustituto durante el resto de la duración del mandato–, lo cierto es que, con cuidados argumentos, la doctrina judicial admite esa solución afirmativa en las ocasiones en que se ha abordado esa cuestión.

Al respecto, la STSJ/Andalucía – Sevilla de 29.9.2004, AS 2005 999, confirmatoria de la SJS Sevilla 4 de 18.6.2003, AS 2003 2356, aunque reconoce que *“la literalidad del precepto conllevaría a priori el rechazo de la posibilidad de remover al sustituto para posibilitar la vuelta y reingreso del sustituido en el órgano de representación social”*, concluye que *“un enfoque más amplio en la interpretación del precepto, de conformidad con las reglas del artículo 3 del Código Civil,*

8

BALLESTER PASTOR, M.A., “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia para cuidado de hijo”, *Tribuna Social*, Números 68/69, 1996, pp. 23 y siguientes. También CHARRO BAENA, P./HERRAIZ MARTÍN, M.S., “Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas”, *Aranzadi Social*, Volumen V, 1998, pp. 565 y 566, para quienes es una circunstancia decisiva *“que en nuestro ordenamiento jurídico no han existido figuras intermedias entre la excedencia voluntaria y la forzosa”*.

9

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales Cedecs Editorial, Barcelona, 2002, p. 256. Idénticamente, véanse la argumentación de MARÍN ALONSO, I./GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Editorial Laborum, Murcia, 2001, p. 189.



debe llevar a la solución contraria”, utilizando dos grandes grupos de fundamentaciones jurídicas:

**1º**

La extensión del “derecho a la reincorporación al puesto de trabajo también al reingreso al órgano de representación de los trabajadores en la empresa, a pesar de la dicción literal del artículo 67 del ET, tiene su apoyo ... en toda la labor del legislador llevada a cabo en los últimos años, en la que se constata la protección de la maternidad a todos los niveles, al determinarse ésta como una de las principales causas de discriminación de la mujer en relación con su acceso o mantenimiento en el mercado laboral”, citando las distintas normas comunitarias e internas.

**2º**

La interpretación del “término vacante utilizado por el artículo 67 del ET ... como referido o pensado para una situación más permanente o prolongada que la mera ausencia que suponen ciertas licencias, como en este caso sucede con la excedencia por maternidad ... ni la idea de evitar situaciones de falta de miembros o de fomentar la estabilidad del órgano, pueden anteponerse a la protección del mantenimiento en dicho órgano representativo de quién ha sido más votado, y debió ausentarse por una causa temporal justificada, como en el presente caso, el cuidado de hijos”.

Tales argumentos nos llevan a una disquisición aún más profunda, y es la de que, durante la excedencia, el trabajador excedente no debió ser sustituido en su mandato representativo. Siguiendo ese planteamiento, la STSJ/Castilla-La Mancha de 13.10.2004, AS 2004 2948, ha considerado que “el trabajador demandante, a pesar de tener suspendido su contrato de trabajo por excedencia para cuidado de hijo, tenía derecho a acceder a las instalaciones de la empresa a los efectos de llevar a cabo las funciones propias de su condición de representante de los trabajadores”. Por ello, si ha sido

sustituido –se supone *contra legem*–, el trabajador puede recuperar su condición no sólo cuando reingresa sino en cualquier momento anterior.

## V. LAS CONDICIONES DE TIEMPO Y FORMA DEL REINGRESO

A diferencia de lo establecido en algunos ordenamientos cercanos al español<sup>10</sup>, el artículo 46.3 del ET no establece las condiciones de tiempo –salvo la especificación de su duración máxima– y forma del reingreso. Tampoco obliga al trabajador a expresar, en el momento de solicitar la excedencia, el tiempo previsto de disfrute, aunque obviamente puede hacer esa previsión de disfrute, que puede abarcar o no la duración máxima legal. De este modo, “(se) dota de flexibilidad al régimen jurídico” de la excedencia en línea con su finalidad de conciliar la vida laboral y familiar de los trabajadores y trabajadoras –STSJ/Cataluña de 13.7.2004, AS 2004 218500–.

Bajo el imperio de esa finalidad y al hilo de la aplicación judicial, el trabajador o la trabajadora disponen de diferentes facultades de disposición:

**1º**

La facultad de reingresar “en el momento que (el trabajador) estime más oportuno ... aunque el trabajador inicialmente manifestara su voluntad de agotar (el) trienio (que es el plazo máximo legal)” –STSJ/Cataluña de 13.7.2004, JUR 2004 218500–, como la doctrina judicial ya había admitido antes de la Ley 4/1995, de 23 de marzo –STSJ/Valencia de 19.1.1993, AS 1993 508, y STSJ/Murcia de 28.1.1993, AS 1993 253–.

No obstante, si el reingreso es anterior al máximo legal o, en su caso, al tiempo previsto de disfrute, la buena fe aconseja efectuar un previo aviso<sup>11</sup>. Por el contrario, “no será necesario notificar al empresario el reingreso cuando el derecho se agote

en su duración máxima”<sup>12</sup>. También, “y dada la falta de regulación, es perfectamente posible que en la fecha fijada para la reincorporación, el trabajador se reincorpore sin más”<sup>13</sup>.

**2º**

La facultad de la trabajadora de “prolongar hasta tres años la excedencia por cuidado de un hijo, quedando a su voluntad el período durante el que hará uso de este derecho ... (al no imponerse) obligación alguna para fijar a priori el plazo de duración en el momento de solicitarla o serle concedida por la empresa, ni tampoco de pedir expresamente ulteriores prórrogas” –STSJ/Cataluña de 19.11.1999, AS 1999 3966–.

Consecuencia de lo expuesto es que, agotado el plazo máximo legal, el excedente se debe reincorporar, so riesgo de considerar su abandono del trabajo, siempre salvo causa de fuerza mayor, como “accidente que exige hospitalización e impide la reincorporación”<sup>14</sup>. Si el reingreso se produce por fallecimiento del hijo o del familiar causante de la excedencia, se deberá considerar el derecho al permiso fijado en artículo 37.3.b) del ET.

Igualmente se deberá reincorporar al agotar el plazo máximo legal el trabajador fijo discontinuo, aunque sea en periodo entre dos campañas, de modo que, como el trabajador no reingresó cuando su hijo cumplió tres años, esperando más de un mes a ponerse a disposición de la empleadora, su contrato se extinguió, y a la fecha del llamamiento se encontraba extinguido –STSJ/Castilla y León, Valladolid de 8.2.2000, AS 2000 5128–.

¿Pueden establecerse en convenio colectivo unas condiciones de tiempo y forma del reingreso? La cuestión es trascendental porque, si se estima la validez del convenio colectivo con condiciones no establecidas legalmente, su incumplimiento se podría valorar como una causa justa para denegar el reingreso



so o, en su caso, como un abandono del trabajo. Algunas veces el convenio establece como efecto el pase a excedencia voluntaria<sup>15</sup>.

Un análisis de la doctrina judicial nos permite comprobar como los órganos judiciales son reacios a extraer del incumplimiento de condiciones no establecidas legalmente consecuencias extintivas de la relación laboral. De entrada se niega la aplicación a la excedencia para cuidado de hijos de aquellas condiciones de ejercicio establecidas en el convenio colectivo para la excedencia voluntaria –STSJ/Navarra de 23.12.1996, AS 1996 3949–.

También es relevante a los efectos de subsanar una ausencia de preaviso por parte de la trabajadora el que, habiéndose presentado *“el primer día siguiente laborable a la finalización del año de excedencia...y con un hijo de tan sólo un año”*, y trabajando tres días, *“la demandada (no) le hubiese puesto objeción alguna, lo que equivale a un aceptamiento tácito a la readmisión”* –STSJ/Madrid de 17.3.1994, AS 1994 1164–.

Abordando con un semejante espíritu de flexibilidad la cuestión del incumplimiento de condiciones establecidas en convenio colectivo, la STSJ/Canarias, Las Palmas de 28.2.2001, AS 2001 3213, concluye *“que la trabajadora empleó el requisito del preaviso, aunque fuera de plazo y, además, había manifestado previamente su intención de reincorporarse; y ante ello la empresa carece de cobertura legal para negar la readmisión”*.

Sin perjuicio de la total corrección de una interpretación flexibilizadora de condiciones establecidas en la negociación colectiva, no debemos despreciar la posibilidad de que, en determinados supuestos, esas condiciones excedan de lo razonable conforme a las reglas de la buena fe, en cuyo caso, si imponen condiciones desproporcionadas no establecidas legalmente, se deberían considerar como contrarias al artículo 46.3 del ET.

## VI. LA INCIDENCIA DEL REINGRESO SOBRE EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

La existencia de reserva de plaza determina la posibilidad de contratación temporal de un interino durante dicha reserva, de conformidad con el artículo 15.1.c) del ET y el artículo 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, de modo que, reingresado el trabajador excedente, concurre causa de extinción de la contratación temporal del interino, incluso si el reingreso se produce más allá del primer año de la excedencia para el cuidado de hijo –STSJ/Valencia de 23.10.1998, AS 1998 4441, STSJ/Aragón de 1.6.2000, AS 2000 1766, y STSJ/Castilla, La Mancha de 19.4.2004, JUR 2004 152040–, si bien se ha acogido una solución contraria –aunque acaso se trate de un *lapsus calami* del cual nadie está libre– en alguna doctrina judicial –STSJ/Aragón de 29.4.2004, JUR 2004 259652–.

10

RIVAS VALLEJO, M.P., destaca como en el derecho portugués *“se regula expresamente la posibilidad de reingreso anticipado”*, y, en todo caso de reingreso, *“el trabajador debe comunicar a la empresa, por escrito y con una antelación mínima de quince días al término de la licencia, su intención de regresar al trabajo, considerándose la falta de comunicación como prórroga automática de la licencia, por igual periodo, hasta el máximo de dos años”*, *La suspensión...*, *opus cit.*, p. 257.

11

Pensemos, como dice RIVAS VALLEJO, M.P., que *“el empresario desconoce (las) intenciones (del trabajador) y, al mismo tiempo, tiene la obligación de aceptar (su) reincorporación ... lo cual puede exigirle la ejecución de determinadas actuaciones en materia organizativa, tales como comunicar al trabajador que ocupa interinamente el puesto de trabajo reservado su cese”*, *La suspensión...*, *opus cit.*, p. 256. De manera semejante, DILLÁ CATALÁ, M.J., *“La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/29 de 23 de marzo)”*, *Actualidad Laboral*, número 40, 1995, p. 698.

12

En dicho sentido, RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión...*, *opus cit.*, p. 256.

13

En dicho sentido, DILLÁ CATALÁ, M.J., *“La nueva ...”*, *opus cit.*, p. 698.


14

Tal ejemplo lo encontramos en RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión...*, *opus cit.*, p. 258.

15

Véanse las distintas cláusulas negociales en ARGÜELLES BLANCO, A.R., *“Excedencia por cuidado de hijos y otros familiares”*, en la obra coescrita con MARTÍNEZ MORENO, C./MEÑÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, pp. 291 a 294.





# Una sentencia ejemplar: RENFE y la esposa de un viajero accidentada en escalera mecánica

SENTENCIA  
DE LA SALA  
1ª DEL TS,  
DE 23.12.04

POR GABRIEL GARCÍA CANTERO.  
Catedrático Emérito de Derecho Civil.  
Universidad de Zaragoza.

DERECHO ESPAÑOL

1

Véase: GARCÍA CANTERO, G., “Mujer, responsabilidad civil y accidente”, *Aequalitas*, núm. 7, mayo-agosto 2001 p. 38 ss.



En este sector en auge, en el mundo occidental, de la responsabilidad extracontractual por daños, no faltan sentencias recientes de la Sala 1ª TS en la que la mujer resulta tratada, directa o indirectamente, con alguna discriminación en relación al varón<sup>1</sup>; sea porque algunos sostienen que el deber de diligencia no puede exigirse, en abstracto, con igual rigor para hombres y mujeres; sea por no tener en consideración, el Tribunal, las condiciones personales del sujeto agente o perjudicado por el evento dañoso (por ej. tratarse de anciana no acompañada, o mujer con alguna deficiencia física). Por ello creo que merece destacarse la, por varias razones, emblemática, STS de 23 diciembre 2004, cuyos datos procesales identificadores describo a continuación.

Accidente ocurrido en la estación de Gerona el 11 mayo 1992, al disponerse a tomar un tren TALGO

con destino a Tarragona, los esposos Don Narciso C. B. y Dª Montserrat C. V. en el momento de acceder al andén utilizando una escalera mecánica.

El JPI núm. 1 de Gerona desestima la reclamación interpuesta por el matrimonio mediante S de 19 marzo 1996.

La sección 1ª de la AP de Gerona por S de 8 junio 1998 estima parcialmente la demanda y condena a RENFE al abono de 44.907.000 ptas. a los apelantes, y solidariamente con la aseguradora condena igualmente al abono de dos millones ptas. con base en el contrato de seguro por accidente.

La Sala 1ª TS por S de 23 diciembre 2004, desestima el recurso de casación interpuesto por RENFE, siendo ponente el Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.

## HECHOS

Se encuentran literalmente recogidos en el 3º FD con un estilo modélico que puede calificarse, por un lado, de minucioso y detallista, y, por otro, de extremadamente delicado para con ambos cónyuges, sin caer en el melodrama, pero sin olvidar los detalles decisivos para juzgar lo que, para el matrimonio reclamante, constituyó un auténtico drama y no llegó, por muy poco, a convertirse en una verdadera tragedia.

El 11.05.92 los esposos Don Narciso C.B., de 45 años de edad, y Dª Montserrat C.V., de 42 años, contrataron, en la estación de RENFE de Girona, un viaje con el tren TALGO hasta la ciudad de Tarragona, pagando sus respectivos billetes, aportados al folio 8 de las actuaciones.

En esa fecha Don Narciso padecía una tetraplejia espástica incompleta, por la cual podía realizar cierta fuerza en sus extremidades, en momentos determinados, pero, por la falta de coordinación en el grado de fuerza y movimiento, le impedía realizar correctamente cualquier función. Podía estar de pie algunos momentos pero siempre asistido de otra persona por el riesgo de que le fallara la pierna por algún espasmo y cayera. Llevaba un colector para la orina, ya que, aun cuando retenía algo, la micción era imperiosa, y retenía algo mejor las deposiciones. Por todo ello se encontraba imposibilitado para realizar las funciones y actividades más esenciales, como vestirse, asearse, comer o realizar sus necesidades. Así se acredita por resolución del INSS que declaró su invalidez permanente en grado de absoluta para todo trabajo el 11.12.86.

Después de recoger en taquilla sus billetes, se dirigieron a los andenes, sitios en el piso superior de la estación; para lo cual Don Narciso, ayudado por su esposa, subió a unas escaleras mecánicas. Estas escaleras eran de tipo BH, mecánico automático, de puesta en marcha por contacto y presión con tiempo de funcionamiento y paro programado. Se pone en funcionamiento cuando es pisada con presión una de las dos piezas mecánicas que forman un rellano, que detecta el peso y pulsa un sensor neumático, iniciando la escalera su movimiento. El tiempo de traslado de una persona desde la carga hasta la descarga es de 21 segundos. Después sigue funcionando durante 20 segundos y se detiene. Una vez se pone en funcionamiento, si el viajero concluye su traslado en 41 segundos, la escalera se detiene hasta que otro pise las planchas del rellano. Así resulta del dictamen pericial practicado en el ramo de la apelante.

Como quiera que los esposos, por la tetraplejia incompleta de Don Narciso, se entretuvieron más de 21 segundos en subir al

primer escalón, la escalera se detuvo antes de concluir su trayecto. Ignorando el sistema de su funcionamiento, sobre el que no consta se les hubiera instruido por carteles o de otra forma y creyendo que la escalera se había estropeado, intentaron acabar de subirla a pie, momento en el que otro viajero la puso en funcionamiento, al pisar el ya referido rellano.

El movimiento de la escalera sorprendió a los esposos actores, y Dª Montserrat, más preocupada por proteger a su marido que por sujetarse ella misma, agarrándose a la escalera, cayó rodando por ella. Como consecuencia de la caída Dª Montserrat resultó lesionada y no curó hasta el 12.04.94 como lo determina un dictamen médico no desvirtuado.

Esas mismas pruebas muestran que Dª Montserrat padece, como consecuencia del descrito accidente, las siguientes secuelas:

### A

Cojera evidente y gran dificultad para subir y bajar escaleras; le es imposible la carrera y la marcha de puntillas. Tiene que llevar plantillas y ha de usar una muleta o bastón inglés para salir de casa.

### B

Tiene una limitación de 15º de la flexión de la rodilla y sólo con dolor puede realizar la extensión completa; sufre un discreto genu varo traumático; presenta cicatrices pequeñas; sufre atrofia marcada en el muslo.

### C

Osteoporosis en el tobillo y pie; limitación de la flexión del tobillo de unos 12º y extensión dolorosa.

### D

En el futuro, proceso degenerativo artrósico de forma precoz. Todo lo anterior resulta una incapacidad del 25% para su vida ordinaria y la imposibilidad de realizar su trabajo habitual (servicio doméstico).



## “RATIO DECIDENDI”

Los argumentos de RENFE al oponerse a la reclamación de los daños sufridos por los viajeros giran en torno al equívoco jurídico que, habitualmente, suele desarrollarse en relación con la doctrina ya consolidada del TS sobre la acumulación de acciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual. La doble posición es fácil de imaginar. En efecto, si los demandantes se basaban en el contrato de transporte por tren, la empresa demandada negaba la relación de causalidad entre los daños sufridos y la principal prestación que conlleva el contrato de transporte, a saber, trasladar indemnes desde Gerona a Tarragona a los portadores del billete del tren TALGO. A juicio de la parte demandada, lo ocurrido en la estación de partida quedaba fuera del núcleo central del contrato de transporte por tren. Por otra parte –aunque este argumento parece que no se explicitó en la demanda–, la empresa ferroviaria tiene la convicción de haber cumplido con sus deberes de diligencia respecto de las personas poniendo al servicio de los viajeros para acceder al andén de los trenes, un servicio automático de escaleras que, en principio, ha de presumirse que todo el mundo sabe manejar, y que representa un medio de acceso alternativo al ascensor (que en el caso de autos no funcionaba por avería). Si se trataba de una reclamación basada en el art. 1.902 CC, parece lógico oponer la excepción de prescripción pues el accidente ocurre el 11.05.92 y la reclamación se presenta el 06.03.95.

Observemos que, en la contestación de la demanda, se prescinde totalmente, y se hace abstracción, de que los reclamantes se presentan como matrimonio uno de cuyos miembros es tetrapléjico, estando asistido por su esposa, sin que, por otra parte, tal circunstancia hubiera sido considerada por el empleado de la taquilla como bastante para denegarles el billete. Se omite asimismo el dato de carecer la estación de RENFE de partida, de cualquier aviso o advertencia sobre el modo de utilizar sin riesgo las instalaciones por las personas discapacitadas, o con dificultades físicas. Tampoco parece que por la empresa ferroviaria se haya previsto un medio alternativo a la escalera mecánica, de acceso al andén, cuando el ascensor no funciona.

Para desestimar el primer motivo del recurso basado en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en el 2º FD se invoca la mayoritaria doctrina jurisprudencial de la Sala 1º “desde los principios de la unidad de la culpa civil y de la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual [que] ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en

la culpa contractual o extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio *iura novit curia*”. Después de invocar abundante jurisprudencia que corrobora esta doctrina, añade que “probablemente sea la sentencia de 7 octubre 2002 la que marque la dirección más adecuada para resolver el problema que plantea este motivo, pues si el requisito de la *congruencia* se aborda desde una perspectiva constitucional parece que lo decisivo es que el demandado no sufra indefensión para, así, respetar lo que dispone el art. 24.1 CE, indefensión que podría darse sobre todo si, fundada la acción en el art. 1.902 CC y siendo por tanto aplicable el plazo de un año conforme al art. 1.968-2º CC, el demandado se defendiera únicamente de su culpa extracontractual oponiendo dicho plazo de prescripción y, sin embargo, se viera luego sorprendido por una sentencia que rechazase su aplicabilidad para, en cambio, considerar aplicable el de quince años del art. 1.964 CC por encuadrar el caso en la responsabilidad contractual. Pues bien, desde esa perspectiva que se considera la más ajustada para pronunciarse sobre el motivo examinado debe concluirse que procede su *desestimación* por las siguientes razones:

### 1ª

Porque la lectura del escrito de contestación a la demanda revela muy claramente que, en este caso, la hoy recurrente se defendió también de su posible responsabilidad contractual, interpretando por consiguiente la demanda dirigida contra ella desde la más amplia concepción de la unidad de la culpa civil al alegar textualmente que *en resumidas cuentas, si se nos reclama por una responsabilidad al amparo del art. 1.902 CC, la acción contra mi mandante está prescrita, y si se nos reclama por una responsabilidad nacida de forma contractual, al no producirse los hechos en el tren ni en contacto con el mismo, no puede extenderse la responsabilidad hacia la empresa RENFE*.

### 2ª

Porque los razonamientos de la sentencia impugnada para apreciar incumplimiento contractual de la hoy recurrente en cuanto transportista de los cónyuges demandantes son válidos también como fundamento de su culpa extracontractual al haber generado un riesgo con el tipo de escaleras mecánicas instaladas en su estación para subir a los andenes, como luego se razonará con mayor detenimiento, de suerte que una eventual estimación de este motivo no se traduce en un distinto pronunciamiento sobre el fondo.

### 3ª

Apurando al máximo la respuesta de esta Sala para satisfacer del todo el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, porque es del todo punto evidente

que el ya referido plazo de prescripción de un año no había transcurrido al interponerse la demanda, 6 marzo 1995, ya que como fecha inicial del cómputo no podía tomarse la del hecho dañoso, según se pretendía en la contestación a la demanda, sino, como en infinidad de ocasiones ha declarado esta Sala, la del alta definitiva con determinación de las secuelas de las lesiones, 12 abril 1994, a todo lo cual aún se suma que la propia recurrente admitió en su contestación haber recibido una reclamación extrajudicial en el mes de julio de 1994 que, conforme al art. 1.973 CC, habría interrumpido la prescripción iniciada en el anterior mes de abril.

La desestimación de los motivos 2º y 3º del recurso, a saber, infracción del art. 1.101 inciso último CC, y la jurisprudencia que lo interpreta, y, a su vez, infracción de los arts. 1.902 y 1.101 CC se hace conjuntamente en el 3º FD con la siguiente argumentación:

“Fundado el segundo [motivo] en infracción del inciso último del art. 1.101 CC, así como de la juris-

prudencia, y denunciando el tercero infracción de los arts. 1.902 y 1.101 CC, aquél discute que el hecho dañoso ocurriera dentro del núcleo central del contrato de transporte, mientras que éste niega la relación de causalidad (...). Sin embargo de los hechos probados se desprende con toda claridad que el hecho ocurrió dentro de la estación y al utilizar los demandantes un medio mecánico que resultaba imprescindible para acceder a los andenes y por tanto para tomar el tren en el que iban a hacer el viaje contratado. Que el *núcleo central del negocio jurídico* no fuera el recorrido en la escalera mecánica sino el propio viaje en tren no puede significar desde luego, como parece pretenderse en el alegato del motivo segundo, que la empresa hoy recurrente limitara todas sus posibles responsabilidades única y exclusivamente al trayecto en ferrocarril, pues de ella dependía la estación con todas sus instalaciones, de ella dependía la opción por unos u otros medios de acceso, que, ni qué decir tienen, *había de extenderse también a las personas discapacitadas que hubieran de utilizarlos para poder tomar el tren.*

De ahí que asimismo quede desvirtuado el alegato del tercer y último motivo, porque si el ascensor, medio alternativo de acceso a los andenes, estaba averiado, era deber de la compañía hoy recurrente haber adoptado las precauciones oportunas para que los cónyuges demandantes, siendo advertibles para cualquiera las limitaciones de movilidad del marido, hubieran podido acceder al andén con la seguridad suficiente, o, en último extremo, haberles indicado la imposibilidad del viaje mientras no funcionara el ascensor. Y como resulta que nada de eso hizo la hoy recurrente, permaneciendo pasiva ante la utilización de unas escaleras mecánicas cuyo sistema de funcionamiento ahorra energía y gastos para aquélla tanto cuanto podía poner en peligro a personas como los cónyuges demandantes, con el mismo derecho a viajar en tren que cualquier otra persona, necesariamente habrá que concluirse que la responsabilidad de aquélla por lo sucedido es indiscutible, ya se examine con arreglo al art. 1.902 CC, ya desde la perspectiva de sus obligaciones como empresa ferroviaria de transporte de viajeros”.

### **ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE RECHAZA EL RECURSO DE RENFE**

No disponiendo ahora de los argumentos que empleó el JPI para rechazar íntegramente la demanda<sup>2</sup>, en realidad, al desestimar los motivos del recurso de casación interpuesto exclusivamente por RENFE, viene a confirmarse la S de la AP cuyo *quantum* indemnizatorio, sin embargo, no coincide exactamente con el solicitado en la demanda (se piden, por varios conceptos, un total aproximado de 70 millones de las antiguas ptas., mientras que la AP sólo otorga una



**2**

En la sentencia del TS sólo se dice en el 2º Antecedente de hecho que RENFE propuso las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y prescripción de la acción, oponiéndose en el fondo y solicitando su absolución en la instancia en virtud de cualquiera de las dos excepciones alegadas o bien la desestimación de la demanda en el fondo por no tener responsabilidad alguna en los hechos; por su parte la compañía aseguradora H. pidió que su responsabilidad se redujera al pago de 600.000 ptas.



indemnización en torno a 47 millones ptas.). No se dan razones para explicar esta notable reducción. Pero, en todo caso, no cabe atribuirlo a una hipotética concurrencia de culpas, que nadie invocó en el proceso, y sobre la cual no tenía por qué pronunciarse el TS; habrá que hablar, más bien, de las facultades soberanas de la AP para fijar la cuantía del daño.

La línea argumental del TS resulta ser clara y sólida. Los perjudicados pueden ejercer acumulativamente las acciones por culpa contractual y extracontractual, recayendo exclusivamente sobre ellos la carga de probar los hechos básicos productores del daño y los demás requisitos que exige la ley. Corresponde a los Tribunales (*da mihi factum*) elegir el derecho que consideran aplicable, con plena observancia de los derechos de la defensa que reconoce el art. 24.1 CE. En el presente caso, el matrimonio actor había optado por acumular alternativamente el ejercicio de ambas acciones. El TS constata que la reclamación cumple todos los requisitos tanto de la responsabilidad extracontractual, como contractual. En particular, demuestra convincentemente que no concurre la prescripción anual, pues aunque los hechos ocurrieron el 11.05.92, hay que esperar, en todo caso, al alta definitiva con determinación de las secuelas para establecer el *dies a quo*, lo que tuvo lugar el 12.04.94, presentándose la demanda dentro del plazo anual el 06.03.95. Sin perjuicio de estimarse, además una interrupción extrajudicial del plazo intervenida en el mes de julio del 1994. Se dan también los requisitos jurisprudenciales de la responsabilidad por riesgo derivado de la instalación de una escalera mecánica.

### POSIBLE CONTENIDO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE FERROVIARIO

La sentencia comentada precisa con acierto, descendiendo a la situación física que mostraba tan abiertamente el marido de la accidentada, que la obligación de RENFE no se limita a transportar indemne al viajero desde la estación de origen a la de destino, en el tren contratado y a la hora reglamentariamente establecida; ello constituiría, ciertamente, la obligación principal del contrato celebrado, que implica, además, otras obligaciones complementarias como la de proporcionarle un asiento adecuado al viajero y lugar para su equipaje, asegurándole la calefacción y el aire acondicionado debidos según la estación climatológica. Pero hay otras obligaciones accesorias en función de la ubicación de los andenes por donde circula el tren; resulta cada vez más infrecuente que el andén esté al mismo nivel que la calle; a veces el tren circula subterráneamente, pero, en ocasiones, el viajero debe ascender a un plano superior, como en el caso de autos. La instalación de una escalera automática representa, sin duda, una comodidad para el viajero, que

evita los deplorables espectáculos de ver a personas de edad o impedidas, arrastrando sus equipajes escaleras arriba o abajo. Pero tal mejora no supone, sin más, que RENFE haya cumplido con su deber accesorio de facilitar el acceso al andén correspondiente a toda clase de usuarios; el contrato de transporte que implica la expedición del billete le obliga también a cuidar que tales escaleras automáticas funcionen normalmente y sean cómodamente accesibles, incluso a personas discapacitadas y a su acompañante. No puede presumirse que todos los que han adquirido un billete de transporte conocen debidamente, por sí solos, el funcionamiento de la aludida escalera.

Precisamente el accidente se produce cuando el matrimonio actor está intentando salvar lo que para ellos supone un obstáculo considerable, a saber que el marido tetrapléjico logre ascender en su totalidad el tramo de la escalera automática cuyo funcionamiento cronológico ignoran. RENFE debió informar adecuadamente a los viajeros, sea en el momento de expedir los billetes (por cualquier medio: carteles al público, anuncio por altavoces, incluso por cualquier empleado al haberse producido la emergencia de no funcionar el ascensor), sea al tiempo de iniciar su utilización. A la empresa ferroviaria le corresponde un deber de seguridad, de mayor intensidad por tratarse de un viajero tetrapléjico, y claramente lo ha incumplido.

### LA CONDICIÓN PERSONAL DE LA VÍCTIMA COMO MUJER

La sentencia deja bien clara que la condición de la víctima como la esposa lesionada del tetrapléjico no influye en el resultado condenatorio. Cabe presumir que la solución hubiera sido idéntica si la persona tetrapléjica hubiera sido ella, mientras que su marido actuara de cuidador y acompañante lesionado. Más aún, tal condición femenina le es beneficiosa, y hasta podría hablarse de discriminación positiva, pues con pocas y delicadas palabras expresa que: *el movimiento de la escalera sorprendió a los esposos actores, y D<sup>a</sup> Montserrat, más preocupada por proteger a su marido que por sujetarse ella misma, agarrándose a la escalera, cayó redonda por ella*. Ciertamente, en hipótesis la combinación de circunstancias personales, hubiera podido ser muy diversa: Así, hija o hijo que acompañan a la madre de edad avanzada que se desplaza con muletas; dos hermanos con alguna falta de movilidad; progenitor discapacitado que lleva a su bebé en el cochecito; dos amigos o dos amigas jubilados que acuden a despedir a uno de ellos, etc. Acaso hubiera podido plantearse si un varón joven, implicado en accidente similar, hubiera debido desplegar mayor diligencia para evitar el accidente dando lugar, en su caso, a una eventual concurrencia de culpas con reducción del *quantum* indemnizatorio. Al margen de estas elucu-

braciones, obsérvese, por lo demás, que la accidentada sólo tiene 42 años, de modo que debe presumirse hallarse en plenitud de fuerzas mentales y físicas, y, acaso con mayor sangre fría hubiera podido eliminar o atenuar los daños. Sin embargo el TS pasa por alto esa posibilidad y considera justo no exigirle más que plena y total dedicación a su marido discapacitado, con efectivo olvido de sí misma (lo que, en este caso, no representó, en la realidad, una mera elucubración).

### APLICACIÓN DEL PRINCIPIO GENERAL DEL ARTÍCULO 1902

Prescindiendo del contrato de transporte, la doctrina aquí establecida amplía el círculo subjetivo de su aplicación si se tiene en cuenta el deber general del *alterum non laedere*. En efecto, no parece equivocado estimar que al cabo de cada jornada, incluyendo los festivos, y comienzo o fin de vacaciones, pueden ser centenares o miles de personas las que pueden utilizar las escaleras mecánicas en las estaciones de tren españolas, tanto en las de antigua construcción aunque

modernizadas como en las de nueva planta. Así cabría enumerar *ad exemplum*, acompañantes, en general, de los viajeros; no pocos niños y menores que no infrecuentemente emplean aquéllas a modo de diversión (aquí concurriría, eventualmente, la culpa *in vigilando* de sus padres o guardadores); desocupados que pueden acudir *a ver llegar los trenes* por mera curiosidad; vagabundos que, en ocasiones, hasta logran pernoctar allí, etc. El TS invoca en este caso la doctrina de la *responsabilidad por riesgo*, basada en que si RENFE se beneficia de tales escaleras con fines empresariales, debe correr con las consecuencias perjudiciales que, por su causa, pueden sufrir los usuarios. La presente sentencia debiera constituir una llamada de atención para aquélla al objeto de intensificar y profundizar la seguridad de los potenciales usuarios de sus instalaciones. En la sentencia comentada se apunta una eventual responsabilidad por razón del riesgo creado, y los sujetos que podrían resultar perjudicados pueden llegar a ser, como se ha visto, muy numerosos.

### ALGUNAS CONCLUSIONES

La STS de 23.12.04 introduce modificaciones, –a mi juicio–, beneficiosas para la mujer, en la doctrina jurisprudencial que, en algunos casos de culpa extracontractual, la había considerado con cierto disfavor, llegando hasta a tratarla peyorativamente en razón a sus circunstancias personales. Así en STS de 06.04.00 al negar indemnización a una madre, al parecer de mediana edad, que acompaña a su hija menor en el Suburbano de Barcelona al lesionarse por el cierre automático del vagón que pretendía utilizar; de modo similar la STS de 25.02.00 que igualmente deniega indemnización por el atropello de una mujer de 76 años al cruzar un paso a nivel muy peligroso para todas las personas; por último, en un caso análogo, la STS de 02.03.00 relativa al accidente ocurrido a una mujer de edad avanzada que utiliza la escalera mecánica de la estación de Sevilla, atribuyéndolo al traspies de una mujer de tales características. En adelante, en casos similares, podrá invocarse la doctrina anteriormente analizada, atribuyendo a RENFE, o a la empresa de transporte correspondiente, los accidentes producidos por el uso de escaleras automáticas u otros mecanismos instalados en las estaciones o en los trenes, con fundamento en la doctrina del riesgo<sup>3</sup>. Tampoco podrá argumentarse con base en la edad, sexo o circunstancias personales del accidentado pues se declara que también los discapacitados tienen derecho a viajar en tren, solos o acompañados. En particular, la condición femenina del cuidador de un tetrapléjico que emprende un viaje ferroviario no constituye, ni, por supuesto, debiera constituir, ningún factor negativo o discriminatorio a la hora de fijar sus derechos y obligaciones en relación con los accidentes que puedan ocurrir<sup>4</sup>.



<sup>3</sup> Se trata de un riesgo superior a lo normal que anteriormente defendí (GARCÍA CANTERO, G., *loc. cit.* p. 40).

<sup>4</sup> En cierto modo la sentencia comentada viene a recoger, en sentido amplio, el deseo por mí expresado en el año 2001: “Yo creo que habría que desarrollar explícitamente y con mayor eficacia los derechos civiles y sociales de la mujer que, convencionalmente, se califica de “pertenciente a la Tercera Edad”, y pedir a los Tribunales una mayor atención a las circunstancias con que las mujeres actúan en el tráfico social (*loc. cit.* p. 41)”. En parecida situación se encuentran las mujeres cuidadoras de personas carentes prácticamente de toda movilidad, como en el caso de autos.

## Creación del Observatorio Estatal de Violencia de Género

POR ALTAMIRA GONZALO

El pasado día 28 de junio se constituyó el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, bajo la presidencia de Doña Encarnación Orozco.

El Observatorio es un órgano colegiado que fue creado por la ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y está formado por:

Su Presidenta, que es la persona titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia de Género.

2 Vicepresidencias.

12 vocales:

- De los que 6 son representantes de los Ministerios de:
  - Justicia.
  - Economía y Hacienda.
  - Interior.
  - Educación y Ciencia.
  - Administraciones Públicas.
  - Sanidad y Consumo.
- Y los otros 6 vocales son representantes de:
  - Comunidades autónomas.
  - 1 persona representante de la FEMP.
  - La Fiscal de Sala delegada contra la Violencia sobre la Mujer.
  - 1 persona representante del Consejo General del Poder Judicial.

Otros 13 vocales más:

- De los que 5 son representantes de asociaciones de mujeres:
  - Fundación Mujeres.
  - Mujeres para la Democracia.
  - Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas.
  - Federación de Mujeres Progresistas.
  - Asociación de Mujeres Juristas Themis).
- 2 representantes de organizaciones empresariales.
- 2 vocales en representación de sindicatos.
- 1 persona representante de asociaciones de consumidores.
- 1 persona representante de Cruz Roja.
- Otra persona representante de organizaciones que actúan en área de personas con discapacidad
- Otra persona más de una organización de inmigrantes.
- Finalmente, lo forman dos personas expertas en materia de Violencia de Género.

La finalidad del Observatorio es prestar asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, realización de estudios e informes y propuestas para impulsar la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de violencia de género. Y las funciones que puede desempeñar para alcanzar esos fines vienen desarrolladas en el art. 3 del Real Decreto 253/2006, de 3 de Marzo.

**Breves**



# Plan Concilia estatal

ORDEN APU/3902/2005,  
DE 15 DE DICIEMBRE

M I S C E L Á N E A

Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos (BOE 16 diciembre 2005).

Véase la Resolución a continuación.

Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General de la Administración Pública por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración del Estado (Plan Concilia) (BOE 27 de diciembre).

Se reproduce nota del Cermi, de 30 de diciembre de 2005.



“Concilia” es el plan integral de conciliación de la vida personal y laboral en la Administración General del Estado.

Concilia introduce así importantes novedades en cuanto a flexibilización del horario y a la conciliación de la vida personal y laboral de los empleados públicos de la Administración General del Estado, en línea con la normativa laboral más destacada en los países de nuestro entorno.

El Ministerio de Administraciones Públicas, promotor del Plan, ha consultado al CERMI en su proceso de elaboración y aprobación, incorporando diversas propuestas de la plataforma asociativa de la discapacidad.

A los empleados públicos que tengan hijos con discapacidad se les presta una especial atención.

Su concreción en la Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General de la Administración Pública (BOE del 27 de diciembre), es la siguiente:

Los empleados públicos que **tengan a su cargo personas con discapacidad**, hijos menores de 12 años, personas mayores o que tengan a su cargo un familiar directo con una enfermedad grave, tendrán derecho a flexibilizar en una hora diaria el horario fijo de jornada que tengan establecido.

Los empleados públicos que **tengan hijos con discapacidad** podrán disponer de dos horas de flexibilidad horaria diaria sobre el horario fijo que corresponda a fin de conciliar los horarios de los centros educativos ordinarios de integración y de educación especial, así como otros centros donde el hijo o hija reciba atención.

Los empleados públicos que **tengan hijos con discapacidad** tendrán derecho a ausentarse por el tiempo indispensable para asistir a reuniones de coordinación en el centro donde reciba atención o tratamiento, o para acompañarlo si ha recibido apoyo adicional en el ámbito sanitario o social.

Desde un punto de vista práctico, esto supone que el funcionario público con jornada de mañana, que tenga un/a hijo/a con discapacidad podrá entrar a trabajar, en vez de a las nueve de la mañana, a las once o salir a las doce treinta, en vez de a las catorce treinta, para conciliar su trabajo con los horarios de los centros, educativos o de atención. Ello no significa que se le reduzca el horario sino que tendrá que recuperar esas horas en la parte flexible de la jornada, es

decir a partir de las siete treinta o hasta las dieciocho horas.

Si se trata de una persona con discapacidad a cargo del funcionario que no sea hijo o hija, la flexibilidad será de una hora, en vez de dos, por lo que podrá entrar a trabajar a las diez o salir a las trece y treinta.

Finalmente, también resulta de mucho interés el derecho a asistir a reuniones en los centros de cualquier tipo donde esté recibiendo formación o asistencia el/la hijo/a con discapacidad.

Otras medidas de interés a los efectos de esta nota, previstas en el Plan Concilia, **aún pendientes de desarrollo**, son las siguientes:

#### Padres.

##### Diez días de permiso de paternidad

Concesión de diez días de permiso de paternidad por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo.

##### Acumular vacaciones, maternidad, lactancia y paternidad:

Derecho de los empleados públicos a acumular el periodo de vacaciones al permiso de maternidad, lactancia y paternidad, aún habiendo expirado ya el año natural.

#### Madres.

##### Ampliar la baja por maternidad

Sustitución, con carácter opcional, del permiso de lactancia de los hijos menores de 12 meses por un permiso adicional de hasta cuatro semanas.

##### Reducir la jornada un 50% durante un mes para atender a un familiar muy enfermo

Derecho a solicitar una reducción del 50% de la jornada laboral durante un mes, con carácter retribuido, para atender el cuidado de un familiar en primer grado, por razón de enfermedad muy grave.

##### Excedencia de hasta tres años

Ampliación a tres años del periodo máximo de excedencia al que tienen derecho los empleados públicos para el cuidado de cada hijo o un familiar a su cargo, hasta el segundo grado de consanguinidad. Durante los dos primeros años se reserva el mismo puesto de trabajo. A partir del tercero, se garantiza un puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.



### Dos horas diarias de permiso si el hijo nace antes de tiempo

Derecho del empleado público a ausentarse dos horas diarias retribuidas en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que tengan que permanecer hospitalizados después del parto. En dichos supuestos, el permiso de maternidad podrá computarse a partir de la fecha del alta hospitalaria.

### Tiempo suficiente si se somete a un tratamiento de fecundación asistida

Derecho a ausentarse del trabajo para someterse a técnicas de fecundación asistida por el tiempo necesario para su realización.

### Adopción.

#### Permiso retribuido de dos meses

Derecho a un permiso de dos meses en los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, manteniendo las retribuciones básicas del salario.

### Formación durante los permisos de maternidad, paternidad y excedencias familiares

Los empleados públicos podrán recibir y participar en cursos de formación durante los permisos de maternidad, paternidad, así como durante las excedencias por motivos familiares.

### Protección contra la violencia de género.

#### Derecho a solicitar traslado a otra unidad o a otra localidad

La empleada pública víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo podrá solicitar un traslado en distinta unidad administrativa o en otra localidad.

### Derecho a una excedencia sin necesidad de prestar un tiempo mínimo

Derecho a una excedencia, para hacer efectiva su protección o su asistencia social integrada, sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios y sin plazo de permanencia en la misma. Durante los dos primeros meses de esta excedencia se percibirán retribuciones íntegras”.

COMPARACIÓN MEDIDAS ANTERIORES Y ACTUALES		
MEDIDAS	PLAN CONCILIA	NORMATIVA ACTUAL
Flexibilización de horarios, igual número de horas trabajadas	<b>Horas fijas semanales: 27,5. Horas flexibles: 1/3 del total</b>	Horas fijas semanales: 32
Permiso de paternidad	<b>10 días</b>	<b>No existía</b>
Acumulación de permisos de paternidad / maternidad / lactancia con vacaciones	<b>Posibilidad de acumulación aun habiendo expirado el año natural</b>	Sólo en el año natural del periodo de vacaciones
Sustitución permiso de lactancia por ampliación baja por maternidad	<b>4 semanas, opcional</b>	<b>No existía</b>
Reducción de jornada por hijos	<b>Menores 12 años</b>	Menores de 6 años
Flexibilización por personas dependientes	<b>Derecho reconocido</b>	De forma excepcional, previa aprobación de un superior
Modificación horario para conciliación, familias monoparentales	<b>De forma excepcional, personal y temporal</b>	<b>No existía</b>
Reducción de jornada para atender familiar por enfermedad muy grave	<b>Durante 1 mes, retribuido</b>	<b>No existía</b>
Excedencia para cuidado de hijos o personas dependientes	<b>3 años para cuidado de hijos y familiares. Mantenimiento mismo puesto 2 años</b>	3 años para cuidado de hijos, 1 año para familiar. Mantenimiento mismo puesto sólo 1 año
Partos prematuros	<b>Se añade permiso de maternidad computado a partir fecha de alta hospitalaria</b>	Derecho a ausentarse 2 horas diarias para padres
Fecundación asistida	<b>Derecho a ausentarse para someterse a tratamientos</b>	<b>No existía</b>
Adopción	<b>Hasta 2 meses de permiso para ausentarse</b>	<b>No existía</b>
Discapacidad	<b>Se mantiene, y se clarifican los supuestos</b>	2 horas de flexibilidad diaria para padres, derecho a ausentarse para acudir reuniones
Formación continua	<b>Podrán recibir cursos de formación durante permisos o excedencias</b>	<b>No existía</b>
Violencia de Género	<b>Traslado opcional. Posibilidad de excedencia (con 2 meses retribuidos)</b>	<b>No existía</b>

# Plan Concilia aragonés

ORDEN DE 12 DE MAYO DE 2006

M I S C E L Á N E A

ORDEN  
de 12 de mayo de 2006, del  
Departamento de Economía, Hacienda y Empleo,  
por la que se publica  
el Acuerdo de 9 de mayo de 2006,  
del Gobierno de Aragón, por el  
que se otorga la aprobación expresa y formal,  
ratificándolo, al Acuerdo de la Mesa  
de la Función Pública sobre conciliación  
de la vida personal, familiar y laboral  
de los empleados públicos.

ORDEN  
de 12 de mayo de 2006,  
del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo,  
por la que se publica  
el Acuerdo de 9 de mayo de 2006,  
del Gobierno de Aragón,  
por el que se otorga la aprobación expresa y formal,  
ratificándolo, al Acuerdo de la Mesa  
de la Función Pública sobre conciliación  
de la vida personal, familiar y laboral  
de los empleados públicos.



La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y las Organizaciones Sindicales UGT, CCOO, CSI-CSIF y CEMSATSE, alcanzaron, en la reunión celebrada el día 20 de abril de 2006 en la Mesa de la Función Pública, por unanimidad, un Acuerdo sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos que ha sido aprobado expresa y formalmente, ratificándolo, por el Gobierno de Aragón en su reunión del día 9 de mayo de 2006.

En su virtud,

#### Artículo Único

Se dispone la publicación del Acuerdo del Gobierno de Aragón de 9 de mayo de 2006, cuyo texto se transcribe:

«Se acuerda:

Otorgar la aprobación expresa y formal, ratificándolo, al Acuerdo de la Mesa de la Función Pública sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y el artículo 2.2.f) del Decreto 208/1999, de 17 de noviembre, de competencias en materia de personal entre los diferentes órganos de la Administración de la comunidad Autónoma de Aragón y que figura en el Anexo del presente Acuerdo.

### ANEXO

#### Acuerdo de la Mesa de la Función Pública sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos

La incorporación de la mujer al mundo laboral ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de los últimos años, propiciando el compromiso y la cooperación entre hombre y mujer dirigido a un reparto más equilibrado de responsabilidad en la vida profesional y en la privada.

Los poderes públicos se han hecho eco de este cambio y por ello se han llevado a cabo importantes reformas legislativas tanto a nivel estatal como autonómico que vienen a solventar la tensión existente entre libertad de empresa y el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, promoviendo la efectividad de los principios de igualdad y libertad que propugna nuestro Texto Constitucional.

Conjunto de reformas legislativas que a pesar de pretender alcanzar el objetivo estratégico de fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres están muy lejos de la compatibilización entre la vida laboral y familiar fijado como fin en los sistemas de protección social en el resto de los países de la Unión Europea. Reformas legislativas que han tenido su inicio en la significativa recepción de algunas de las más importantes regulaciones normativas propuestas tanto por el Derecho Social Internacional, en especial a través de iniciativas de la Organización Internacional del Trabajo, como por el Derecho Comunitario del Trabajo.

Si bien, se ha de aplaudir el camino emprendido para solventar el importante déficit de protección existente en nuestro país, en buena parte derivado de la función social tradicional atribuida a la mujer de cuidado o asistencia familiar que dio lugar a la aprobación de la Ley 39/1999, 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y posterior Orden APU/3902/2005, de 15 de

diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen las medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, suscrito por la Administración del Estado y las Organizaciones Sindicales UGT, CSI-CSIF y SAP, con la adhesión posterior de CCOO. a las medidas de conciliación; en cambio se hace necesario, sobre la vía ya sentada por el Estado, mejorar, en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, las condiciones laborales de los empleados públicos a fin de compatibilizar su vida familiar y laboral en régimen de igualdad, consiguiendo de esta manera una satisfacción personal y familiar que redundará en la mejor prestación de servicios públicos a los ciudadanos y en un aumento de la productividad.

Por ello, de conformidad con lo determinado en los Acuerdos Administración-Sindicatos, de 25 de febrero de 1999, de articulación de la negociación colectiva de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y en el Acuerdo de la Mesa de la Función Pública de 28 de junio de 2005 de delimitación de los ámbitos negociadores de cada órgano específico de negociación y siendo que afecta a las condiciones de trabajo comunes para todos los empleados públicos, se suscribe el siguiente Acuerdo en el ámbito de la Mesa de la Función Pública sobre conciliación de la vida familiar, laboral y personal de los empleados públicos:

#### 1

##### Cuestiones generales

#### A

##### Ámbito subjetivo de aplicación

El ámbito subjetivo de aplicación de este Acuerdo se extiende a todo el personal funcionario y laboral que



preste sus servicios dentro del ámbito de la Administración General; al personal docente de los centros públicos no universitarios y al personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas.

Las medidas contenidas en el presente Acuerdo serán concretadas, adaptadas y, en su caso, desarrolladas en el respectivo ámbito sectorial (Administración General, Docente y Sanitario) a fin de compatibilizarlo con su especificidad y de acuerdo con la primacía en la prestación del servicio público.

## B

### Expresiones

La referencia a hijos incluye aquellos menores que se encuentren en régimen de tutela o acogimiento, tanto del solicitante como de su cónyuge, pareja de hecho o persona con quien conviva maritalmente.

La referencia a grado de afinidad incluye la del empleado público por su vinculación con el cónyuge, pareja de hecho o persona con quien conviva maritalmente.

La expresión de empleado público e hijo deberá ser entendida en todo caso referida al género masculino como femenino.

## C

### Adaptación normativa

Las condiciones laborales recogidas en el presente Acuerdo que tienden a compatibilizar la vida laboral y familiar de los empleados públicos que prestan sus servicios en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón se adoptan sin perjuicio de aquellas modificaciones legislativas básicas estatales o autonómicas que puedan redundar en una mejora de las condiciones laborales del empleado público.

## 2

### Horario

En cada ámbito sectorial específico se adoptarán las medidas para garantizar, dentro de la distribución de la jornada laboral, la existencia de flexibilidad horaria.

## 3

### Flexibilización horaria por personas dependientes

## A

Los empleados públicos tendrán derecho a flexibilizar en un máximo de una hora el horario fijo de su jornada para quienes tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de doce años o personas con discapacidad, así como quien tenga a su cargo directo a un familiar con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

## B

Los empleados públicos que tengan hijos con discapacidad psíquica, física o sensorial tendrán derecho a dos horas de flexibilidad horaria a fin de conciliar los horarios de los centros de educación especial y otros centros donde el hijo o hija discapacitado reciba atención, con los horarios de los propios puestos de trabajo.

## 4

### Permiso por paternidad

Por nacimiento de hijo, el padre tendrá derecho a diez días laborables a contar desde el día del nacimiento. Este permiso sustituirá al permiso por alumbramiento de la esposa o persona con la que conviva maritalmente establecido en el VI Convenio Colectivo.

## 5

### Permiso por adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente

Por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, se tendrá derecho a diez días laborables a disfrutar por uno de los padres desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

## 6

### Permiso de maternidad

## A

#### Duración

El permiso de maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de permiso. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

En el caso de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de seis años o menores mayores de seis años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, el permiso se computará a elección del empleado público, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

El disfrute de este permiso podrá efectuarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, a so-



licitud del empleado público en las condiciones determinadas legal o reglamentariamente.

**B**

### **Distribución y disfrute en caso de parto cuando padre y madre trabajen**

El periodo de permiso se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis primeras semanas sean inmediatamente posteriores al parto. El permiso de maternidad puede computarse, a instancia de la madre o, en caso de que ella falte, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria en los casos de nacimiento de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, éstos tengan que permanecer hospitalizados después del parto. Si bien se excluyen de este cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto al ser de descanso obligatorio para la madre.

No obstante lo anterior, en el caso de que la madre y el padre trabajen, ésta al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

**C**

### **Distribución y disfrute en caso de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente de menores de seis años o menores mayores de seis años de edad discapacitados o minusválidos o con problemas de inserción social por provenir del extranjero cuando padre y madre trabajen**

En el caso de la adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de seis años o menores mayores de seis años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, si el padre y la madre trabajan, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En el supuesto de disfrute simultáneo, la suma de los periodos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple.

**7**

### **Permiso por lactancia**

Los empleados públicos tendrán derecho, por lactancia de un hijo menor de doce meses a una hora diaria

de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones o a una reducción de su jornada en una hora. Este derecho podrá ser disfrutado por el padre o la madre en el caso de que ambos trabajen.

Cuando existan dos o más hijos menores de doce meses, el tiempo de permiso se multiplicará por el número de hijos a cuidar.

A opción de la madre o del padre, el permiso de lactancia podrá ser sustituido por una licencia retribuida de cuatro semanas de duración o la que resulte en caso de parto múltiple, que se podrá acumular al permiso por maternidad o paternidad.

**8**

### **Disfrute de vacaciones agotado el permiso de maternidad y/o paternidad**

En el supuesto de permiso por maternidad y/o paternidad se permitirá disfrutar el periodo vacacional una vez finalizado el permiso, incluido, en su caso, el periodo acumulado por lactancia, aún cuando haya expirado el año natural a que tal periodo corresponda.

**9**

### **Permisos retribuidos**

**A**

#### **Por hijos prematuros**

Los empleados públicos tienen el derecho a ausentarse del lugar de trabajo hasta un máximo de dos horas diarias en los casos de nacimiento de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, éstos tengan que permanecer hospitalizados a continuación del parto.

**B**

#### **Para recibir atención médica y para someterse a técnicas de fecundación asistida**

Los empleados públicos tendrán derecho a ausentarse del trabajo para recibir atención médica y para someterse a técnicas de fecundación asistida y previa justificación de su realización dentro de su jornada de trabajo.

**C**

#### **Para asistir a las clases de preparación al parto y para la realización de exámenes prenatales**

Los empleados públicos tendrán derecho a ausentarse del trabajo para asistir a las clases de preparación al parto por el tiempo necesario para su realización y con justificación debidamente acreditada.

Las empleadas públicas tendrán permiso durante su jornada de trabajo para la realización de exámenes prenatales por el tiempo necesario y con justificación debidamente acreditada.

**D**

### **Acompañamiento al médico a hijos y parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad**

Los empleados públicos tendrán derecho a ausentarse del trabajo para acompañar al médico a hijos menores de dieciocho años o, siendo mayores, cuando lo exija el tratamiento y parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí mismos por razón de edad o enfermedad, por el tiempo necesario.

**E**

### **Por enfermedad grave**

Los empleados públicos tendrán derecho a cinco días laborables por enfermedad grave del cónyuge, pareja de hecho o persona con quien conviva maritalmente, hijos, padres y hermanos; que se utilizará durante el proceso terapéutico del que trae causa y debidamente justificado.

En el caso del resto de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, los empleados públicos tendrán derecho a dos días laborables de permiso.

Este permiso será compatible con la reducción de jornada por un familiar en primer grado de consanguinidad o afinidad por razón de enfermedad muy grave contenido en el punto 10.d); Esta reducción de jornada se verá minorada, en su caso, en el equivalente a los días utilizados en este permiso retribuido.

**F**

### **Por asistencia a reuniones de coordinación en los centros de educación especial**

Los empleados públicos tendrán derecho a ausentarse del lugar de trabajo, por el tiempo necesario, para asistir a las reuniones de los órganos de coordinación de los centros de educación especial donde el hijo discapacitado reciba atención, con justificación previa y debidamente acreditada.

**10**

## **Reducción de jornada por guarda legal**

**A**

### **Cuestión general**

La reducción de la jornada por guarda legal constituye un derecho individual del empleado público.

**B**

### **De un menor de doce años**

Los empleados públicos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de doce años, tendrán derecho a una reducción de hasta un medio de su jornada de trabajo con disminución proporcional de sus retribuciones que correspondieran a dicho periodo.

**C**

### **De un anciano, discapacitado físico, psíquico o sensorial o familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad**

Los empleados públicos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo a un anciano que requiera especial dedicación o discapacitado físico, psíquico o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida, familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de hasta un medio de su jornada de trabajo con deducción proporcional de sus retribuciones.

**D**

### **De un familiar en primer grado de consanguinidad o afinidad por razón de enfermedad muy grave**

Los empleados públicos, para atender el cuidado de un familiar en primer grado de consanguinidad o afinidad, por razón de enfermedad muy grave, por el plazo máximo de un mes, tendrán derecho a solicitar una reducción de hasta el 50% de su jornada laboral sin merma retributiva. El ejercicio de este derecho será compatible con el permiso por enfermedad grave contenido en el punto 9.e) de este Acuerdo. Esta reducción de jornada se verá minorada, en su caso, en el equivalente a los días utilizados por el permiso por enfermedad grave.

**E**

### **De hijos prematuros**

En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la empleada pública o el empleado público tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.

**F**

En cada ámbito sectorial, por su especificidad, se podrán adoptar las medidas necesarias para la adaptación y aplicación del régimen previsto en este apartado y sin perjuicio de los regímenes actualmente vigentes.

**11**

## **Excedencia por cuidado de hijos**

**A**

### **Duración y cómputo**

Los empleados públicos tendrán derecho a una excedencia no superior a tres años a contar desde el na-





cimiento del hijo o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, con periodos mínimos de permanencia en esta situación de al menos seis meses en caso de fraccionamiento.

## **B** Efectos

La situación de excedencia por el cuidado del hijo conlleva el derecho a la reserva del puesto de trabajo que se desempeña, teniendo derecho durante todo el tiempo de permanencia al cómputo del periodo a efectos de trienios, complemento de desarrollo profesional o el correspondiente a carrera profesional fijado en su ámbito sectorial respectivo, así como a efectos de acreditar el periodo de desempeño para acceder a otros puestos de trabajo.

## **C** Reingreso

El reingreso deberá solicitarse con una antelación mínima de un mes a la finalización del periodo de excedencia. En caso contrario será declarado en situación de excedencia voluntaria.

## **D** Empleado público con relación de carácter temporal con la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón

El empleado público con una relación con la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón de carácter temporal podrá acceder a esta situación y mantener la reserva de puesto de trabajo siempre que se mantenga la relación de la que trae causa.

## **E**

En cada ámbito sectorial, por su especificidad, se podrán adoptar las medidas que se consideren oportunas en aplicación del régimen previsto en este apartado.

## **12** Excedencia por el cuidado de familiares

## **A** Duración

Los empleados públicos tendrán derecho, siempre que así lo acrediten fehacientemente, a una excedencia de hasta tres años, con periodos mínimos de permanencia de al menos seis meses en caso de fraccionamiento, en el supuesto de cuidado de familiares que se encuentren a su cargo, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pue-

dan valerse por sí mismos, y no desempeñen actividad retribuida.

## **B** Efectos

La situación de excedencia por el cuidado de familiares conlleva el derecho a la reserva del puesto de trabajo que se desempeña, teniendo derecho durante todo el tiempo de permanencia al cómputo del periodo a efectos de trienios, complemento de desarrollo profesional o el correspondiente a carrera profesional fijado en su ámbito sectorial respectivo, así como a efectos de acreditar el periodo de desempeño para acceder a otros puestos de trabajo.

## **C** Reingreso

El reingreso deberá solicitarse con una antelación mínima de un mes a la finalización del periodo de excedencia. En caso contrario será declarado en situación de excedencia voluntaria.

## **D** Empleado público con relación de carácter temporal con la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón

El empleado público con una relación con la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón de carácter temporal podrá acceder a esta situación y mantener la reserva de puesto de trabajo siempre que se mantenga la relación de la que trae causa.

## **E**

En cada ámbito sectorial, por su especificidad, se podrán adoptar las medidas que se consideren oportunas en aplicación del régimen previsto en este apartado.

## **13** Excedencia voluntaria por agrupación familiar

## **A** Duración

Podrá concederse la excedencia voluntaria por agrupación familiar, con una duración mínima de un año, a los empleados públicos cuyo cónyuge resida en otro municipio por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera, estatutario fijo o como laboral fijo en cualquier Administración Pública, Organismos Autónomos, Entidad Gestora de la Seguridad Social, así como en Órganos Constitucionales o del Poder Judicial.

**B****Efectos**

Los empleados públicos excedentes no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo de permanencia en tal situación a efectos de trienios, complemento de desarrollo profesional o el correspondiente a carrera profesional fijado en su ámbito sectorial respectivo, ni a efectos de acreditar el periodo de desempeño para acceder a otros puestos de trabajo.

**C****Reingreso**

El reingreso deberá solicitarse con una antelación mínima de un mes a la finalización del periodo de excedencia. En caso contrario será declarado en situación de excedencia voluntaria.

**D**

En cada ámbito, por su especificidad, se podrán adoptar las medidas que se consideren oportunas en aplicación del régimen previsto en este apartado.

**14****Permiso****por adopción internacional**

En los supuestos de adopción internacional cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el periodo de permiso podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción y además tendrán derecho a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo las retribuciones fijas íntegras.

**15****Violencia de género****A****Reducción de su jornada de trabajo**

El empleado público víctima de violencia de género para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho a una reducción de hasta un medio de su jornada de trabajo con deducción proporcional de sus retribuciones.

**B****Cambio de puesto de trabajo**

El empleado público víctima de violencia de género, por así determinarlo el órgano judicial correspondiente, podrá, atendiendo a su situación particular, solicitar cambio de puesto de trabajo en distinta localidad o en la misma pero en diferente unidad admi-

nistrativa y siempre que sea de la misma categoría o nivel profesional. El puesto de trabajo al que opte tendrá carácter provisional, pudiendo el trabajador volver al puesto de origen reservado o bien ejercer el derecho preferente hacia su puesto provisional.

**C****Excedencia**

Los empleados públicos víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que resulte de aplicación ningún plazo de permanencia en la misma. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban, siendo computable dicho periodo a efectos de trienios, complemento de desarrollo profesional o el correspondiente a carrera profesional fijado en su ámbito sectorial respectivo y a efectos de acreditar el periodo de desempeño para acceder a otros puestos de trabajo, que podrán prorrogarse por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho. Durante los seis primeros meses de esta excedencia se percibirán las retribuciones fijas íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

**16****Formación continua**

En cada ámbito sectorial específico se fomentarán las medidas, en materia de formación, que tiendan a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, así como la participación de los empleados públicos con cualquier tipo de discapacidad.

Los empleados públicos podrán recibir y participar en cursos de formación durante los permisos de maternidad, paternidad, así como durante las excedencias por cuidado de hijo o familiar.»

**Disposición Final****ENTRADA EN VIGOR**

La presente Orden entrará en vigor el día 1 de julio de 2006.

*Zaragoza, 12 de mayo de 2006.*

El Consejero de  
Economía, Hacienda y Empleo,  
**EDUARDO BANDRÉS MOLINÉ**

## HUESCA

E-mail: [iamhu@aragon.es](mailto:iamhu@aragon.es)

- **ALTO GÁLLEGO**  
Serrablo, 113. Teléfono 974 480 376 – 974 483 311. Sabiñánigo.
- **BAJO CINCA/BAIX CINCA**  
P.º Barrón Segoñe, 7 bajos. Teléfonos 974 454 196 – 974 472 147. Fraga.
- **CINCA MEDIO**  
Avda. del Pilar, 47. Teléfono 974 415 973 – 974 403 593. Monzón.
- **HOYA DE HUESCA**  
Ricardo del Arco, 6. Teléfono 974 293 031. Huesca.
- **LA JACETANIA**  
Levante, 10. Teléfono 974 356 735. Jaca.
- **LA LITERA/LA LLITERA**  
Doctor Flemig, 1. Teléfono 974 431 022. Binéfar.
- **LOS MONEGROS**  
Plaza de España, 1. Teléfono 974 391 276. Sariñena.
- **RIBAGORZA**  
Ángel San Blacat, 6. Teléfono 974 540 385. Graus.
- **SOBRARBE**  
La Solana, s/n. Teléfonos 974 500 909 – 699 319 053. Aínsa.
- **SOMONTANO DE BARBASTRO**  
P.º de la Constitución, 2. Teléfono 974 310 150. Barbastro.

## TERUEL

E-mail: [iamteruel@aragon.es](mailto:iamteruel@aragon.es)

- **ANDORRA-SIERRA DE ARCOS**  
Pº de las Minas, esquina C/ Ariño, 1. Teléfono 978 843 853. Andorra.
- **BAJO ARAGÓN**  
Mayor, 2 bajo dicha. Teléfono 978 871 217. Alcañiz.
- **BAJO MARTÍN**  
Lorente, 45. Teléfono 978 826 302. La Puebla de Híjar.
- **CUENCAS MINERAS**  
Escucha, s/n. Teléfono 978 756 795. Utrillas.
- **GÚDAR-JAVALAMBRE**  
Plaza de la Villa, 1. Teléfono 978 800 008. Mora de Rubielos.
- **JILOCA**  
Avda. de Valencia, 3. Teléfono 978 731 618. Calamocho.
- **MAESTRAZGO**  
Ctra. del Pantano, s/n. Teléfono 978 887 574 – 978 887 526. Castellote.
- **MATARRAÑA/MATARRANYA**  
Avda. Cortes de Aragón, 7. Teléfono 978 890 884. Valderrobres.
- **SIERRA DE ALBARRACÍN**  
Portal de Molina, 16. Teléfono 978 704 024. Albarracín.
- **TERUEL**  
San Francisco, 1, planta baja. Teléfono 978 641 050. Teruel.

## ZARAGOZA

E-mail: [iam@aragon.es](mailto:iam@aragon.es)

- **ARANDA**  
Castillo de Illueca. Teléfono 976 548 090. Illueca.
- **BAJO ARAGÓN-CASPE/BAIX ARAGÓ-CASP**  
Plaza de España. Ayuntamiento. Teléfono 976 639 078. Caspe.
- **CAMPO DE BELCHITE**  
Ronda de Zaragoza, s/n. C. S. La Granja. Teléfono 976 830 175. Belchite.
- **CAMPO DE BORJA**  
Mayor, 17. Teléfonos 976 852 028 – 976 852 858. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**  
Avda. Goya, 23. Teléfono 976 622 101. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**  
Plaza de España, 6 bajos. Teléfono 976 800 713. Daroca.
- **CINCO VILLAS**  
Avda. Cosculluela, 1. Teléfono 976 661 515. Ejea de los Caballeros.
- **COMUNIDAD DE CALATAYUD**  
San Juan El Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.
- **RIBERA ALTA DEL EBRO**  
Plaza de España, 1. Teléfono 976 613 005. Alagón.
- **RIBERA BAJA DEL EBRO**  
Plaza de España, 1 bajos. Teléfono 976 165 506. Quinto.
- **TARAZONA Y EL MONCAYO**  
Avda. de la Paz, 31 bajos. Teléfono 976 641 033. Tarazona.
- **VALDEJALÓN**  
Plaza de España, 1. Teléfono 976 811 759. La Almunia de Doña Godina.
- **ZARAGOZA**  
Cº de las Torres, 73. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.  
[www.aragon.es](http://www.aragon.es)



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

## ASESORÍA JURÍDICA

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

## ASESORÍA PSICOLÓGICA

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

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

## ASESORÍA LABORAL

[iاملaboral@aragon.es](mailto:iاملaboral@aragon.es)

Ofrece asesoramiento presencialmente en las sedes de Zaragoza, Huesca y Teruel y por teléfono, carta o correo electrónico, mediante:

- Recepción de demandas de búsqueda de empleo.
- Ofertas de empleo: estudio.
- Proposición sobre mejoras en cuanto al acceso al empleo.
- Individualización del proceso de búsqueda de empleo.
- Oferta formativa.

## ASESORÍA EMPRESARIAL

[iamza@aragon.es](mailto:iamza@aragon.es)

Ofrece asesoramiento empresarial para las mujeres que pretenden crear su propio puesto de trabajo mediante:

- Información.
- Asesoramiento: Estudio de viabilidad económico-financiera, planificación a tres o cinco años de las inversiones, cuando sea necesario. Fiscal. Sobre la búsqueda de socios/as. Sobre el acceso al mercado.
- Acciones de Motivación.
- Seguimiento: Apoyo en la gestión. Contactos con organismos, instituciones y otras empresas. Nuevas ayudas. Seguimiento y apoyo a la emprendedora durante toda la vida del proyecto.
- Programa [inf@empresarias](mailto:inf@empresarias). Envía a las empresarias información periódica y asesoramiento a su dirección de correo electrónico.

## ASESORÍA SOCIAL

Ofrece información y asesoramiento en los aspectos sociales y coordinación con las diferentes asesorías del IAM y con otras Instituciones.



## ESPACIO

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

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

# C O N T E N I D O

<b>Editorial</b> .....	5
------------------------	---

## DERECHO COMPARADO EUROPEO

<b>El estatuto personal musulmán ante los tribunales europeos. Un reconocimiento condicional.</b> Por Marie-Claire Foblets. Profesora de Derecho y Antropología de las Universidades belgas de Lovaina (KUL), Bruselas (KUB) y Amberes (KIA). Abogada honoraria de la Orden francesa de abogados del Tribunal de Bruselas. ....	6
---	---

## DERECHO ESPAÑOL

<b>Los fondos de garantía de pensiones de alimentos.</b> Por Dra. Gema Tomás. Profesora de Derecho Civil. Universidad de Deusto. ....	20
--	----

<b>La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia.</b> Por Isaac Tena Piazuelo. Profesor Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza. ....	26
---	----

<b>El reingreso tras la excedencia para cuidado de hijos o familiares.</b> Por José Fernando Lousada Arochena. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. ....	42
---	----

<b>Una sentencia ejemplar: RENFE y la esposa de un viajero accidentada en escalera mecánica. Sentencia de la Sala 1ª del TS, de 23.12.04.</b> Por Gabriel García Cantero. Catedrático Emérito de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza. ....	50
--	----

## BREVES

<b>Creación del Observatorio Estatal de Violencia de Género.</b> Por Altamira Gonzalo. Abogada. Miembro del Consejo Rector del IAM. ....	56
---	----

## MISCELÁNEA

<b>Plan Concilia estatal.</b> Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre. ....	57
---	----

<b>Plan Concilia aragonés.</b> Orden de 12 de mayo de 2006. ....	60
---	----